

**Die Ordnungswidrigkeit
horizontaler Preisempfehlungen**

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von

1963

Erwin Kesselhut



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554405_0082

**Die Ordnungswidrigkeit
horizontaler Preisempfehlungen**

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der Rechts - und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät der Johannes Gutenberg - Universität in Mainz

von

Erwin Kesselhut

1. Referent: Prof. Dr. jur. Horst Bartholomeyczik
2. Referent: Prof. Dr. jur. Klemens Pleyer

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 1963

G l i e d e r u n g

Seite

1. Abschnitt.	1
I. Einleitung	1
II. Historische Einführung und Abgrenzung des Themas.	2
1) Geschichtliche Entwicklung von 1923 bis 1957.	2
2) Rechtsentwicklung und Schrifttum seit dem Inkrafttreten des GWB.	3
3) Abgrenzung und Einschränkung des Themas.	5
III. Erscheinungsformen und wirtschaftliche Bedeutung	8
2. Abschnitt: Auslegungsprobleme	13
3. Abschnitt: Die Empfehlung	18
A. Das Wesen der Empfehlung nach § 38 Abs. 2 Satz 1 und der Wortbedeutung in der Umgangssprache	18
B. Das Verhältnis zwischen § 38 Abs. 2 Satz 2 und § 1	20
C. Die drei Wesensmerkmale der Empfehlung	23
I. Eine Preismitteilung	23
II. Der Ratschlag	26
III. Der Beeinflussungswille	29
1) Die Intensität des Empfehlungswillens und der Einflußnahme	31
2) Das Verhältnis des § 38 Abs. 2 Satz 2 zu Art. 5 GG	37
a) Zum Schutzobjekt des GWB	39
b) Rechtsgüterabwägung	42
c) Kritik an Hubers Meinung	45
d) Ergebnis	50
3) Zu Hubers Begründung der tatsächlichen Bindung mit Hilfe von Sinn und Zweck des GWB	50
4) Hubers sonstige Gründe für die tatsächliche Bindung	51
a) § 38 Abs. 2 Satz 1	52
b) § 38 Abs. 2 Satz 3	53
5) Die Ablehnung der tatsächlichen Bindung durch den BGH	55
IV. Ergebnis	56
D. Abgrenzungskriterien zur Ermittlung des Beeinflussungswillens	57
I. Gibt es objektive Abgrenzungsmerkmale?	57
II. Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens für die Empfehlungsempfänger	59
III. Die Ermittlung des Beeinflussungswillens mit Hilfe des gesamten Erklärungshintergrundes	61
1) Subjektiver oder objektiver Ermittlungsmaßstab	62
2) Die einzelnen Unterscheidungsmerkmale	63
a) Konkrete Preismitteilung	64
b) Vergleich mit dem bisherigen Preis und der Marktsituation	65
c) Vorteile des Erklärenden aus der Übernahme des mitgeteilten Preises	67
d) Die Person des Erklärenden und ihr Verhältnis zu den Erklärungsempfängern	69
e) Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens für die Erklärungsempfänger	70
f) Gleichförmiges Verhalten	71

E. Die objektiven und subjektiven Elemente der Empfehlung im Hinblick auf den Aufbau des Tatbestandes des § 38 Abs. 2 Satz 2	72
4. Abschnitt: Empfehlender und Empfehlungsempfänger	76
I. Die Person des Empfehlenden	76
II. Die Person des Empfehlungsempfängers	77
5. Abschnitt: Die Umgehung	80
A. Umgehungstatbestand, Umgehungstäter und Umgehungs- handlung	80
B. Gleichförmiges Verhalten	84
C. Kausalität	90
D. Das umgangene Verbot	92
I. § 38 Abs. 1 Nr. 1	93
II. "Verträge", § 1	93
III. "Unternehmen"	96
IV. "Zu einem gemeinsamen Zweck"	96
V. Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung	97
E. Der Umgehungserfolg	98
I. Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Wett- bewerbsbeschränkung	98
II. Definition der Wettbewerbsbeschränkung nach Borchardt/Fikentscher	99
1) Ist die tatsächliche Bindung ein Merkmal der formellen Wettbewerbsbeschränkung?	102
a) Beschränkungstheorie	104
b) Einflußtheorie	106
2) Die materielle Wettbewerbsbeschränkung	110
a) Eignung zur Marktbeeinflussung	113
b) Die tatsächliche Marktbeeinflussung, der Umgehungserfolg	114
c) Das Verhältnis von tatsächlicher und wesentlicher Marktbeeinflussung	116
III. Marktanteil und Marktlage	117
IV. Der jeweils relevante Markt	119
1) Volkswirtschaftliche Kriterien	120
2) Kartellrechtliche Kriterien	121
a) Die Wettbewerbsbezogenheit des Marktbegriffs in § 1	121
b) Die Enge oder Weite der Substitutionsbe- ziehung	122
c) Die räumlichen Grenzen eines Marktes	125
d) Die zeitlichen Marktgrenzen	127
6. Abschnitt: Der Vorsatz	128
I. Die Form des Verschuldens des Empfehlenden	128
II. Inhalt und Umfang des Vorsatzes	129
7. Abschnitt: Rechtswidrigkeit und Schuld	134
I. Das Güterabwägungsprinzip	135
II. Soziale Adäquanz	136
III. Gesetzliche Ausnahmenvorschriften	136
IV. Ergebnis	138

8. Abschnitt: Die horizontale Preisempfehlung im Recht des EWG- und des MU-Vertrages sowie der USA, Englands und Frankreichs	139
I. EWG	140
II. Montanunion	147
III. USA	149
IV. England	151
V. Frankreich	155

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s ^x

- Arnold, Hans, Wettbewerbsbeschränkungen und Mißbrauchsaufsicht im Kreditwesen, WuW 60 S. 469.
- Ballerstedt, Kurt, Kartellvertrag und Einzelvertrag, JZ 56 S. 267.
- Barnickel, Hans-Heinrich, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 61 S. 246.
- Baumbach/Hefermehl, Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1960.
- Becher, H., Die wirtschaftliche Preisbindung, BB 58 S. 430.
- Becker/Riewald/Koch, Reichsabgabenordnung, Kommentar, 9. Aufl., Köln, Berlin, Bonn München 1963.
- Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache Nr. 1158, 2. Wahlperiode, wiedergegeben im Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg/Schwartz, Anhang B, S. 1057.
- Behrens, Friedrich-Stephan, Die Mittelstandsempfehlung, WRP 59 S. 289.
- " Zur Zulässigkeit des OPS nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 60 S. 58.
- Benkendorff, Gerhard, Das gemeinschaftliche Unternehmen, WuW 52 S. 414.
- " Die Umgehung der Kartellvorschriften, WuW 54 S. 147.
- Benisch, Werner, Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 14. 1. 1960, WuW 60 S. 351.
- " Preismitteilungen an Wiederverkäufer, DB 60 S. 1176.
- " Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 60 S. 842
- " Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlung, WuW 59 S. 3.
- " Die unverbindliche Abstimmung unter dem GWB, DB 57 S. 789.

x) Nicht im Literaturverzeichnis aufgeführt sind die zahlreichen Berichte aus Tages- und Wochenzeitungen, insbesondere aus der "Frankfurter Allgemeinen Zeitung", ferner nicht die Briefe und Entscheidungen des BKA und die Berichte über die Tagungen der Kartellbehörden des Bundes und der Länder, und schließlich nicht einige kleinere Berichte in "Wirtschaft und Wettbewerb" ohne Angabe des Verfassers.

Benisch, Werner, Verbände als Institutionen minderen Rechts, WuW 57 S. 316.

" Die Praxis des britischen Kartellgerichts, WuW 60 S. 633.

" Die Tätigkeit der Antitrustdivision im Jahre 1959, WuW 60 S. 508.

" Großbritannien, Entscheidungen des Kartellgerichts, WuW 60 S. 336.

" Antitrustverfahren gegen Elektroindustrie, WuW 61 S. 28.

Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß), Schriftlicher Bericht über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Generalbericht, BT-Drucksache Nr. 3644, 2. Wahlperiode, wiedergegeben im Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg/Schwartz, Anhang E, S. 1156.

Bericht über die 222. Plenarsitzung des BT, Auszug im Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg/Schwartz, Anhang F, S. 1218.

Beringe, Harald v., Die Anwendbarkeit der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages, DB 59 S. 342.

" Anmerkung zum Kohlenplatzhandelsbeschluß, DB 60 S. 288

Biedenkopf/Callmann/Deringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957.

Böhm, Franz, Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?, WuW 56 S. 173.

Borchardt/Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, Heft 24 der Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht.

Brandt, Karl, Wesen und Grenzen einer staatlichen Wettbewerbspolitik, MA 60 S. 233.

Brugger, Gustav, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 59 S. 467.

Brücher, Horst, Bereichsausnahmen im US-Antitrustrecht, WuW 59 S. 532.

Brünn, J. H. v., Die Konditionen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 58 S. 686.

Bundeskartellamt, Bericht für das Jahr 1958, BT-Drucksache Nr. 1000.

" Bericht für das Jahr 1959, BT-Drucksache Nr. 1795.

" Bericht für das Jahr 1960, BT-Drucksache Nr. 2734.

Büntig, H., Zur Auslegung des Empfehlungsverbots durch den BGH, BB 60 S. 384.

- Callmann, Rudolf, Konzernverschörung unter dem USA-Antitrustrecht, WuW 54 S. 637.
- Catrice, Roger L., Augenblicklicher Stand der französischen Kartellgesetzgebung, WuW 58 S. 285.
- Coing-Kronstein-Schlochauer, Das Verhältnis des deutschen Kartellrechts zu den kartellrechtlichen Vorschriften des Vertrages über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band 7 der Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht Frankfurt/M., Rechtsgutachten, Frankfurt/M. 1958.
- Coper, Alexander, Bußgeld und Zuständigkeitsregelung im Kartellgesetz, JR 58 S. 4.
- Curti, Eugen, Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Zürich 1955.
- Deringer, Arved, Der BGH zum Empfehlungsverbot, BB 60 S. 343.
- Dörinkel, Wolfram, Besprechung von Lukes, Der Kartellvertrag, WuW 60 S. 341.
- " Wettbewerbsregeln in der Praxis, WuW 60 S. 593.
- Engelmann, Fritz, Der Kampf gegen die Monopole in den USA, Tübingen 1951.
- Ewald, Heinz, Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle?, WuW 56 S. 253.
- " Der zweite Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts, WRP 60 S. 141.
- Fikentscher, Wolfgang, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 56 S. 793.
- " Die vertikale Preisempfehlung, München und Berlin 1960
- " Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958.
- " Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 60 S. 680.
- " "Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, Festschrift für Hueck, S. 543.
- " Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 - 1954, WuW 55 S. 205.
- " Die neuere Entwicklung des amerikanischen Wettbewerbsrechts und der deutsche Kartellgesetzentwurf, ZHR, Band 117 S. 1.
- Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, herausgegeben von Kaufmann, Rautmann u. a., Köln 1958.

- Gabriel, S. L., Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 60 S. 247.
- Gaedke, Jürgen, Das Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Textsammlung mit Anmerkungen, München und Berlin 1954.
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., Das amerikanische Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 60 S. 87.
- " Das englische Wettbewerbsrecht, WRP 60 S. 167.
- Gemeinschaftskommentar, siehe Müller-Henneberg/Schwartz.
- Giefers, Hans-Werner, Vertikale Preisempfehlungen und Preisbindungen im Wettbewerbsrecht, Köln, Berlin 1960.
- Gleiss, A., Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft, BB 58 S. 431.
- Gnam, Arnulf, Die unverbindliche Preisempfehlung im Dekartellierungsrecht, NJW 52 S. 133.
- Gravenstein, Viky, Maßnahmen der französischen Regierung gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 53 S. 616.
- Groeben, Hans v. d., Wettbewerbspolitik in der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 61 S. 373.
- " Die Europäische Kartellverordnung - ein wichtiger Schritt zu einer europäischen Wirtschaftspolitik, BB 61 S. 1.
- Groeben/Boeckh, Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 1 und 2, Baden-Baden, Bonn und Frankfurt/M. 1958.
- Günther, Eberhard, Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, Karlsruhe 1960 (Juristische Studiengesellschaft, Heft 47).
- " Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, WuW 60 S. 747.
- " Preisbindungs- und Preisempfehlungsprobleme, MA 60 S. 420.
- " Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 GWB, MA 59 S. 272.
- " Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf, MA 57 S. 35.
- " Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 57 S. 721.
- " Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, WuW 57 S. 275.
- Haberkorn, Kurt, Zum Kartellverbot des Art. 65 MUV, NJW 60 S. 2135.
- " Zum Kartellbegriff des § 1 GWB, GRUR 60 S. 367.

- Hartung, Fritz, Steuerstrafrecht, Kommentar, 3. Aufl., Berlin, Frankfurt/M. 1962.
- Hengstenberg, W., Verstoßen Bruttopreislisten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 58 S. 439.
- Henkel, Rudolf, Die erlaubte Verbandsempfehlung nach § 38 Abs. 2 Satz 3 des neuen Kartellgesetzes, Werne a. d. Lippe 1961.
- Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Siebenter Gesamtbericht vom 1. 2. 1959.
- Honig, Frederick, Die ersten Entscheidungen des englischen Kartellgerichts zum Kartellgesetz vom 2. August 1956, WRP 60 S. 37.
- " Das englische Kartellgesetz vom 2. August 1956, GRUR, Auslands- und internationaler Teil, 1957 S. 349.
- Hoth, Jürgen, Inhalt, Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, WRP 58 S. 289 und 59 S. 99.
- " Ist § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB verfassungswidrig?, WRP 59 S. 198.
- Huber, Ernst Rudolf, Das Empfehlungsverbot, Stuttgart 1959.
- " Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Band 1 und 2, Tübingen 1953 und 1954.
- Jäger, Carl Hellmut, Die gegenwärtige Situation auf dem Kartellgebiet und ihre praktischen Probleme, WRP 59 S. 260.
- Jahn/Junckerstorff, Internationales Handbuch der Kartellpolitik, Berlin 1958.
- Jerusalem, Franz W., Das Recht der Montanunion, Berlin und Frankfurt/M. 1954.
- Judeich/Felix, Kommentar z. Steueranpassungsgesetz, Düsseldorf 1960.
- Junckerstorff, Kurt, Vor einer Wende in der Europäischen Kartellpolitik?, NJW 54 S. 1065.
- Karte, Wolfgang, Zum Boykottverbot des § 26 Abs. 1 GWB: Persönlicher Schutzbereich, Verbandsboykott, anderweitige Schutzvorschriften, WuW 61 S. 170.
- Kaskell, Josef, /Schlesinger, Rudolf B., Monopole, Trusts, Kartelle in Amerika und Deutschland, Hann.Münden 1951.
- Kathrein, Oswald, Nachfrage im Wettbewerb, Düsseldorf 1960.
- Katzler, Carl v., Empfehlungen im Kartellrecht, WuW 52 S. 342.
- Koch, N., Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 59 S. 241.

Köhler, Karl-Heinz, v., Polizeirecht und Kartellverbot, NJW 59 S. 222.

Koenigs, Folkmar, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 61 S. 1041.

Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 2. Gesamtbericht vom 31. 3. 1959.

Kracht, Friedrich, Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 17. 4. 1958, BB 58 S. 465.

Krahe, Friedrich, Empfehlungsverbot und Markttransparenz, WuW 60 S. 477.

" Kartellbegriff und Rechtssicherheit, WuW 59 S. 615.

" Preismeldesysteme in Recht und Praxis, WuW 61 S. 464.

Krawielicki, Robert, Das Monopolverbot im Schumannplan, Tübingen 1952.

Kronstein, Heinrich, Amerikanische Rechtssprechung zur Antitrust-Gesetzgebung, WuW 54 S. 520.

Kühn, Rolf, Abgabenordnung, Allgem. Steuerrecht, 7. Aufl., Stuttgart 1963.

Kuhlmann, H. G., Preisempfehlungen gegenüber Großbetrieben und großbetrieblichen Unternehmensformen, WRP 59 S. 195.

Langen, Eugen, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl., Neuwied, Berlin und Darmstadt 1958.

Lehnich, Oswald, Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln und Berlin 1956.

Leipziger Kommentar (Strafgesetzbuch), 1. Band (§§ 1 bis 152), 8. Aufl., Berlin 1957.

Leisner, Walter, Grundrechte und Privatrecht, München und Berlin 1960.

Leo, Hans-Christoph, Zum Begriff der Schutzvorschrift im Sinne des § 35 GWB, WuW 59 S. 485.

" Die Ankündigung von Preisänderungen und die horizontale Preisempfehlung als kartellrechtliche Probleme, AG 60 S. 32.

" Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 14. 1. 1960, AG 60 S. 95.

Lieberknecht, Otfried, Anmerkung zum BGH-Beschluß vom 14. 1. 1960, GRUR 60 S. 356.

" Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen?, MA 58 S. 231.

- Löffler-Glaser, Preisbindungen und Preisempfehlungen im Verlagsgewerbe unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 8. 10. 1958, DB 59 S. 279.
- Loos, Gerold, Empfehlungen von Wiederverkaufspreisen unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 58 S. 176.
- Lukes, Rudolf, Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959.
- Lutz, Hans, Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden?, NJW 58 S. 128.
- Marcetus, Karl, Die Zulässigkeit der Ankündigung von Verbraucherpreisen durch den Hersteller, WRP 58 S. 228.
- v. Mangoldt/Klein, Kommentar z. Grundgesetz, Bd. I., Berlin, Frankfurt/M. 1957.
- Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl., München 1959.
- Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München und Berlin 1960.
- Maurach, Reinhard, Deutsches Strafrecht, Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1958.
- Mayer-Megelin, Heinz, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/M. 1960.
- " Die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 GWB, DB 58 S. 187.
- Mees, Hans-Kurt, Die Verdingungsordnung und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Dissertation, Mainz 1960.
- Mehl, Hans Otto, Handelsbräuche in kartellrechtlicher Sicht, NJW 60 S. 605.
- Menze, Hubert, Open Prize System und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 58 S. 98.
- Meyer-Cording, Ulrich, Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlung, NJW 53 S. 568.
- " Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954.
- Müller/Gries, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/M. 1958.
- Müller-Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1958 (zitiert ohne Hinweis auf die Auflage).
- " Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963 (zitiert unter Hinweis auf die 2. Auflage).

- Neumeyer, Frederik, Monopolkontrolle in USA, Berlin 1953.
- Nipperdey, Hans Carl, Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht, Kartellrundschau, Schriftenreihe für Kartell- und Konzernrecht des In- und Auslandes, Heft 2, Köln, Berlin und München 1960.
- Ottel, Fritz, Zwei Jahre deutsche Kartellpolitik, Frankfurt/M. 1960.
- Paul, Willy, Die wirtschaftliche Preisbindung - Ein Ersatz für die Preisempfehlung?, DB 58 S. 1149.
- " Preisempfehlung und wirtschaftliche Bindung, DB 58 S. 1319.
- Peters, Heribert, Die Wettbewerbsbestimmungen für den gemeinsamen Markt, Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 58 S. 126 und 146.
- " Zur Neuordnung des französischen Kartellrechts durch die Verordnung vom 24. Juni 1958, WuW 59 S. 439.
- Plaisant, R./Lassier, J., Die neuere kartellrechtliche Entwicklung in Frankreich, WuW 60 S. 427.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. 2, 1898.
- Rasch, Harold, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1. Aufl. und 2. Aufl., Herne und Berlin 1957 und 1958.
- Reimann, Günter, Können Empfehlungen kartellgleicher Wirkung auf dem Wege der Anmeldung bei der Kartellbehörde vom gesetzlichen Verbot freigestellt werden?, BB 58 S. 178.
- " Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Absprachen und Empfehlungen gegen die Abwerbung von Arbeitskräften, BB 61 S. 157.
- Renthe-Fink, D. v., Ist die Doppelsteckerempfehlung des VDE ordnungswidrig?, WuW 60 S. 254.
- Roidl, Walter, Preisbindung und Wettbewerbsrecht, Eine Studie am Beispiel der englischen Gummireifenindustrie, WRP 60 S. 208.
- Rotberg, Hans Eberhard, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1958.
- Schmitt, Rudolf, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, Stuttgart 1958.
- Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., München und Berlin 1959.
- Schramm, Carl, Verbandliches Kalkulationswesen, WRP 58 S. 101.
- Schramm-Klaka, Das Deliktsrecht im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 58 S. 75.

- Schwartz, Gustav, Meinungsstreit über die Empfehlung von Wiederverkaufspreisen, MA 58 S. 505.
- " Die vertikale Preisempfehlung, MA 60 S. 705.
- Schwarz, Otto, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 22. Aufl., München und Berlin 1959.
- Schwenk, Edmund H., Der Marktbegriff. Eine rechtsvergleichende Betrachtung, WuW 60 S. 3.
- " Der Wandel der Antitrust-Rechtssprechung in den Vereinigten Staaten, WuW 53 S. 515.
- Seydel, Helmut, Empfehlungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 57 S. 254.
- Sölter, Arno, Die Mittelstandsempfehlung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 59 S. 687 und 792.
- " Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., Düsseldorf 1960.
- Spengler, Albrecht, Einige Betrachtungen zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für das Jahr 1959, WuW 60 S. 755.
- " Betrachtungen zur Marktmacht im Handel in kartellrechtlicher Sicht, DB 60 S. 903.
- " Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, Düsseldorf 1960, (vereinigt mit Kirschstein/Segelmann, Rationalisierungskartelle und Syndikate).
- " Zivilrechtliche Auswirkungen des Kartellgesetzes, WuW 60 S. 410.
- " Verspricht das EWG-Kartellrecht, ein Faktor der Europäischen Integration zu werden?, DB 61 S. 123.
- Sprengmann, Das GWB in der Praxis, GRUR 60 S. 526.
- Stackelberg, Heinrich v., Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., Bern und Tübingen 1951.
- Steindorff, Ernst, Direktverkauf und Preisempfehlung, JZ 59 S. 200.
- " Buchbesprechung von Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, JZ 60 S. 232.
- " Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt/M. 1959.
- Strickrodt, Georg, Die Tragweite des generellen Kartellverbots, DB 58 S. 15.
- " Lieferungs- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 57 S. 75.
- " Kritische Bestimmung der Wettbewerbsposition im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Düsseldorf 1960.
- " Die Problematik der Anknüpfung von Bußgeldfolgen an den Tatbestand des § 1 GWB, WuW 60 S. 825.

- Teichmann, Arndt, Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962.
- Tirpitz, v., Erster Bericht der englischen Kartellbehörde, WuW 61 S. 470.
- Trumpler, H., Unlauterer Wettbewerb und Anti-Trust-Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Basel 1944.
- Uhlich, Heinz, Berichte der Landeskartellbehörde, WuW 61 S. 400.
- Völp, Fromut, Der Kartellsenat des BGH und seine zweite Entscheidung zum Empfehlungsverbot, WRP 60 S. 115.
- " Kartellrechtliche Konsequenzen aus dem BGH-Urteil über Preisempfehlungen, WRP 58 S. 326.
- Vogel, Klaus, Kartellrecht und Handelspolizey, JZ 58 S. 111.
- Weinsziehr, Max, Die Wettbewerbssituation des Markenartikels bei rationalem Käuferverhalten, MA 58 S. 529.
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., Berlin 1958.
- Westermann, Harry, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe 1956.
- Willeke, R. J., in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, herausgegeben von v. Beckerath, Bente u. a., unter Stichwort "Marktformen", 27. Lieferung, Stuttgart, Tübingen und Göttingen 1959.
- Wohlfarth/Everling/Glaesner/Spring, Kommentar zum EWG-Vertrag, Berlin und Frankfurt/M. 1960 (zitiert: Wohlfarth).
- Würdinger, Hans, Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft, WuW 58 S. 503.
- " Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft, Heft 8, (= WuW 53 S. 721), Karlsruhe 1953.
- " Exportkartell und EWG, WuW 60 S. 313.

Abkürzungsverzeichnis.

a.A.	= anderer Ansicht
Abs.	= Absatz
AG	= Die Aktiengesellschaft
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
BAnz	= Bundesanzeiger
BB	= Der Betriebs-Berater
Bd	= Band
BDI	= Bundesverband der Deutschen Industrie
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGHSt	= Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BJA	= Bundeskartellamt
BT	= Bundestag
BW	= Bundeswirtschaftsminister
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	= Der Betrieb
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	= Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
GG	= Grundgesetz
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GÜKG	= Güterkraftverkehrsgesetz
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
JR	= Juristische Rundschau
JZ	= Juristenzeitung
LG	= Landgericht
LKA	= Landeskartellamt
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH
l. Sp.	= linke Spalte
MA	= Der Markenartikel
MUV	= Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG	= Oberlandesgericht
OPS	= Open Price System, Preismeldestelle
OWiG	= Gesetz gegen Ordnungswidrigkeiten
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RKW	= Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft
r. Sp.	= rechte Spalte
s.	= siehe
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VDE	= Verein Deutscher Elektrotechniker
VO	= Verordnung
Vorb.	= Vorbemerkung
WRP	= Wettbewerb im Recht und Praxis
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	= WuW-Entscheidungssammlung
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bürgerliche Recht und Konkursrecht

1. Abschnitt: I. Einleitung.

Die horizontale Preisempfehlung ist eine von den zahlreichen Möglichkeiten, den Wettbewerb zu beschränken, die es neben Kartellen, den Preisbindungen der zweiten Hand, den verschiedenen Formen der Marktbeherrschung usw. gibt. Das Empfehlen von Preisen, Konditionen, oder - allgemein - von wirtschaftlichen Verhaltensweisen ist ein Mittel zur Beeinflussung der Marktverhältnisse, das sich in besonderem Maße für die Tätigkeit der Verbände eignet. Mit Hilfe von Empfehlungen können Erfolge angestrebt werden, die vernünftig, zweckmäßig und gut sind, nicht nur für die unmittelbar beteiligten Kreise, sondern auch für die Gesamtwirtschaft. Andererseits ist es verlockend, die Empfehlung als Mittel im Wirtschaftskampf zur Beschränkung des Wettbewerbs zu verwenden. Zwar ist immer noch ein Kartell das wirksamste Mittel, um den Wettbewerb zu beschränken; aber Kartelle sind heute grundsätzlich verboten, und ihre Genehmigung setzt ein umständliches und kostspieliges Verfahren voraus. Die horizontale Preisempfehlung ist dagegen ein Mittel, das weniger Aufwand erfordert und unauffälliger als ein Kartell wirken kann. Im Vergleich zum Kartell ist die Empfehlung wegen ihrer nur tatsächlichen Natur, d. h. der fehlenden rechtlichen Bindung, nicht gerichtlich durchsetzbar. Darin liegt sicher ein großer Nachteil. Aber mit Hilfe einer Empfehlung ist es möglich, bei Interessengleichheit der Empfehlungsempfänger ein kartellgleiches Verhalten von Unternehmen gegenüber ihren Kunden zu erreichen, ohne daß der förmliche Abschluß eines Kartellvertrages nötig ist. Und ge-

rade darin liegt die besondere Gefährlichkeit der Empfehlung als Mittel zur Beschränkung des Wettbewerbs und als Störungsfaktor der freien sozialen Marktwirtschaft. Da die Empfehlung sich als ein hervorragendes Mittel zur Beschränkung des Wettbewerbs erwiesen hat, hat der Gesetzgeber in § 38 Abs. 2¹⁾ ein besonderes Empfehlungsverbot normiert. Die hier zu untersuchenden horizontalen Preisempfehlungen sind nur ein Ausschnitt aus dem großen Bereich wettbewerbswidriger Empfehlungen, die von § 38 Abs. 2 erfaßt werden.

II. Historische Einführung und Abgrenzung des Themas.

1) Geschichtliche Entwicklung von 1923 bis 1957.

In den Kartell-VO vom 2. November 1923²⁾ wurde die horizontale Preisempfehlung noch nicht erwähnt. Da in der späteren Zeit die Wirtschaftspraxis immer mehr dazu überging, zur Beschränkung des Wettbewerbs auch Empfehlungen zu verwenden³⁾, wurde die Reichsregierung durch die KartellNotVO vom 26. Juli 1930⁴⁾ ermächtigt, Preisempfehlungen zu untersagen, wenn sie nach Lage der Dinge den gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie Preisfestsetzungen hatten. Die KartellNotVO wurde in der Zeit vor 1945 um eine Reihe weiterer VO, die z. T. speziell Preisempfehlungen erfaßten, ergänzt⁵⁾. Während der Geltung des Alliierten Dekartellierungsrechts waren horizontale Preisempfehlungen, insbesondere Verbandsempfehlungen,

1) Die ohne nähere Bezeichnung zitierten §§ sind solche des GWB.

2) RGBI. 1923 I. S. 1067.

3) Lehnich, S. 341.

4) RGBI. 1930 I. S. 311 (328).

5) Vgl. die ausführliche Darstellung bei Meyer-Cording, NJW 53 S. 565; Huber, S. 14; Giefers, S. 30 ff; Gnam, NJW 52 S. 133.

verboden, da sie als Abstimmungen zwischen einer Mehrzahl von Unternehmen ("concerted undertakings") angesehen wurden¹⁾. Der Gesetzgeber des GWB sah sich bei der Normierung des Empfehlungsverbotes daher einem Problem gegenüber, zu dem es bereits zahlreiche praktische Erfahrungen, Schrifttum und gerichtliche Entscheidungen gab²⁾. Die besondere Schwierigkeit lag indessen darin, einerseits möglichst viele Umgehungen der Verbote des GWB zu erfassen, andererseits aber die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Unternehmer in unserer freien sozialen Marktwirtschaft möglichst wenig einzuschränken³⁾.

Über das Empfehlungsverbot gab es noch bei der letzten Lesung im Bundestag erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Nachdem es zunächst im § 24 des Regierungsentwurfes zum GWB besonders normiert worden war, wurde es schließlich in seiner jetzigen Form in den § 38 übertragen⁴⁾.

2) Rechtsentwicklung und Schrifttum seit dem Inkrafttreten des GWB.

Das Urteil des BGH vom 8. Oktober 1958 ("4711-Fall" oder auch "Mühlens-Entscheidung")⁵⁾ betraf nur die vertikale Freisempfehlung und brachte nicht die erhoffte Klärung der allgemeinen Probleme des Empfehlungsverbots. Auch die

1) Siehe die Zitate zu der vorgehenden Anmerkung.

2) Vgl. z.B. Meyer-Cording, NJW 53 S. 568; Gnam, NJW 52 S. 133; Lukes, S. 303; OLG Nürnberg, BB 56 S. 60 (Bäckerinnung); LG Hamburg, WuW 52 S. 649 und BGH, WuW 54 S. 271 (Butter- und Eierzentrale Nordmark); AG Stuttgart, WuW 51/52 S. 656 (Fahrlehrerverband); Müller-Gries, § 38 Anm. 19 - 22; Seydel, WRP 57 S. 254 mit weiteren Nachweisen.

3) Vgl. Huber, S. 11 Mitte.

4) Siehe den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (21. Ausschuß) über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BT-Drucksache Nr. 3644 / 2. Wahlperiode), wiedergegeben im Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg/Schwartz, Anhang F, S. 1218 ff; Langen, § 38 Anm. B.

5) BGHZ 28 S. 208 ff.

bald danach erscheinende Studie Ernst Rudolf Hubers "Das Empfehlungsverbot", in der die horizontale und die vertikale Empfehlung in gleicher Weise behandelt werden, führte nicht zu einer Lösung der Meinungsverschiedenheiten über § 38 Abs. 2. Während bis dahin die Problematik der horizontalen Preisempfehlung weniger aktuell war als die der vertikalen, rückte durch den Beschluß des BGH vom 14. Januar 1960, dem sogenannten Kohlenplatzhandelsbeschluß¹⁾, die Preisempfehlung in den Vordergrund der kartellrechtlichen Diskussion. Weil der BGH entschieden hatte, daß die tatsächliche Bindung kein Wesensmerkmal des Empfehlungsbegriffs sei, wurde geltend gemacht, der Kohlenplatzhandelsbeschluß stelle die gesamte Verbandstätigkeit in Frage; denn es sei zu befürchten, daß in Zukunft auch Marktübersichten und Preisstatistiken, die nur der Markttransparenz dienen, vom Empfehlungsverbot erfaßt werden würden²⁾. In der Zwischenzeit sind neben zahlreichen Aufsätzen und Anmerkungen zum Kohlenplatzhandelsbeschluß - auf die im Einzelnen später einzugehen sein wird - zwei weitere größere Schriften zur vertikalen Preisempfehlung von Fikentscher³⁾ und Giefers⁴⁾ erschienen, in denen der "4711-Fall" noch einmal kritisch gewürdigt und die allgemeinen Probleme des § 38 Abs. 2 Satz 2 behandelt werden.

Für die Auslegung des Empfehlungsverbots sind von Bedeutung die Verwaltungsgrundsätze des BKA über das Verfahren bei

1) BGH, WuW 60 S. 347 ff = WuW/E BGH 369 = BGH ST 14,55 = NJW 60,723 = DB 60,288 = BB 60,267 = WRP 60,112 = MA 60,407 = GRUR 60,353.

2) Vgl. z.B. Deringer, BB 60 S. 343; Völz WRP 60 S. 115; Benisch, WuW 60 S. 351; Krahe, WuW 60 S. 480.

3) Fikentscher, "Die vertikale Preisempfehlung", München-Berlin 1960.

4) Giefers, "Vertikale Preisempfehlung und Preisbindung im Wettbewerbsrecht", Köln-Berlin 1960.

der Anmeldung vertikaler Preisempfehlung für Markenwaren vom 20. April 1960¹⁾, der Brief des BKA vom 20. Februar 1960 betreffend die Doppelsteckerempfehlung des Verbandes deutscher Elektrotechniker²⁾, durch den das Güterabwägungsprinzip in das Kartellrecht eingeführt worden ist, ferner die Schrift von Albrecht Spengler "Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen" und schließlich ist von besonderer Bedeutung für Inhalt und Umfang des Vorsatzes des Empfehlenden das Urteil des LG Düsseldorf vom 8. September 1959, dem sogenannten Filmtransport-Fall³⁾. Ferner ist noch hervorzuheben, daß Bußgelder wegen ordnungswidriger Preisempfehlungen bisher von den Gerichten noch nicht rechtskräftig verhängt worden sind⁴⁾.

3) Abgrenzung und Einschränkung des Themas.

Wenn oben schon zum Ausdruck gebracht worden ist, daß in dieser Arbeit versucht werden soll, nur die Probleme der horizontalen Preisempfehlung einer Lösung näherzubringen, so folgt daraus, daß lediglich ein bestimmter Teil des gesamten Anwendungsbereichs des § 38 Abs. 2 untersucht werden soll.

Der Text des § 38 Abs. 2 lautet:

Satz 1: "Eine Ordnungswidrigkeit begeht ferner, wer vorsätzlich durch Empfehlung daran mitwirkt, daß die in Abs. 1 genannten Ordnungswidrigkeiten begangen werden."

1) Bekanntmachung Nr. 45/60 des BKA vom 20. April 1960 im BAnz. Nr. 81 vom 28. April 1960, wiedergegeben in WuW 60 S. 435 ff.

2) WuW 60 S. 363. Siehe ferner den Beschluß des BKA vom 20. Dezember 1960 über die Eintragung von Wettbewerbsregeln der Ziehereien und Kaltwalzwerke, WuW 61 S. 141.

3) WuW 60 S. 648.

4) Erst in allerjüngster Zeit hat das OLG Stuttgart in 2 Fällen auf Bußgeld wegen ordnungswidriger Preisempfehlung erkannt. Beide Urteile sind aber noch nicht rechtskräftig, vgl. FAZ v. 5. Juni 1961.

Satz 2: "Wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben, macht sich ebenfalls einer Ordnungswidrigkeit schuldig."

Satz 3: " Dies gilt nicht für Empfehlungen, bestimmte Preise zu fordern oder anzubieten oder bestimmte Arten der Preisfestsetzung anzuwenden, die von Vereinigungen von Unternehmen unter Beschränkung auf den Kreis der Beteiligten ausgesprochen werden, wenn 1. dadurch wettbewerbsfördernde Bedingungen gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen geschaffen werden sollen und 2. die Empfehlungen ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird."

In Satz 1 ist der sogenannte qualifizierte Anstiftungstatbestand und in Satz 2 der sogenannte Umgehungstatbestand normiert¹⁾. Horizontale Preisempfehlungen können auch durch den Anstiftungstatbestand erfaßt werden. Indessen ist § 38 Abs. 2 Satz 1 nach wohl einhelliger Meinung unproblematisch²⁾.

Es bestehen zwar verschiedene Meinungen über die systematische Qualifizierung der Tatbestände in Satz 1 und Satz 2, ob insbesondere beide Tatbestände als Anstiftungstatbestände oder nur Satz 1 als Anstiftungstatbestand und Satz 2 als Umgehungstatbestand aufzufassen sind³⁾. Diese Fragen sind aber für die Untersuchung der Ordnungswidrigkeit

1) Huber, S. 60 und 64 mit weiteren Nachweisen.

2) Siehe z.B. Huber, S. 60 ff; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 24.

3) Vgl. Huber, S. 60 ff; Giefers, S. 75; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 58; Langen, § 38 Anm. B VI; Seydel, WRP 57 S. 254.

horizontaler Preisempfehlungen im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 ohne Bedeutung, weil diese Vorschrift ein selbständiger Tatbestand ist¹⁾.

Der 3. Satz des § 38 Abs. 2 ist eine Ausnahmenvorschrift zu Satz 2²⁾. Diese Ausnahme für die sogenannte Mittelstandsempfehlung ist ein umfangreicher, selbständiger Problemkreis, der in diese Arbeit nicht mit einbezogen werden soll.

Heftig umstritten ist dagegen der Umgehungstatbestand des Satz 2, der als die wichtigste Vorschrift des GWB neben § 1 angesehen³⁾ wird.

Der Bereich der hier zu untersuchenden horizontalen Preisempfehlungen bedarf noch weiterer Einschränkungen, und zwar sollen nicht sämtliche "in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote" (vgl. § 38 Abs. 1) in die Prüfung einbezogen werden, sondern nur das Verbot des § 1. Nicht berücksichtigt werden sollen hier ferner die möglichen Umgehungen "der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügungen ..." (vgl. § 38 Abs. 2 Satz 2).

Der Umgehungstatbestand ist nicht nur auf wettbewerbsbeschränkende Empfehlung der Anbieter, sondern auch auf solche der Nachfrageseite anwendbar⁴⁾. Es ist daher nicht

1) Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 25; BGHZ 28, 208.

2) Huber, S. 122, nach dem Satz 3 nur eine Ausnahme von Satz 2 ist, nicht auch von Satz 1; Langen, § 38 Anm. B V; Hoth, WRP 58 S. 289; a.A. wohl Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 3 Anm. 7;

3) Krahe, WuW 60 S. 478 oben.

4) Vgl. zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des GWB auf das Verhalten der Nachfrageseite Batholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 17; Mees, S. 45 (2.).

erforderlich, auf die Problematik der Nachfragemacht näher einzugehen, wie sie in jüngster Zeit insbesondere in den Schriften von Sölter und Kathrein dargestellt worden ist¹⁾. Nachfolgend wird daher nur auf wichtige Einzelprobleme der Nachfrageseite unter empfehlungsrechtlichem Aspekt einzugehen sein.

III. Erscheinungsformen und wirtschaftliche Bedeutung.

Preisempfehlungen können von Einzelpersonen, einzelnen Unternehmen und Verbänden an Unternehmer erteilt werden. Für den Empfehlenden ist dessen Standort im Hinblick auf verschiedene Wirtschaftsstufen von Bedeutung; denn davon hängt es ab, ob es sich um eine horizontale oder eine vertikale Empfehlung handelt. Bei einer vertikalen Empfehlung gehören Empfehlender und Empfehlungsempfänger verschiedenen Wirtschaftsstufen an, z.B. wenn der Hersteller seinen Groß- oder Einzelhändlern eine Empfehlung erteilt, zu welchem Preis sie an ihre Kunden verkaufen sollen.

Bei einer horizontalen Empfehlung gehören der Empfehlende und die Empfehlungsempfänger derselben Wirtschaftsstufe an, z.B. wenn beide Hersteller sind oder Großhändler oder Einzelhändler. Zu den horizontalen Empfehlungen zählen auch die Fälle, in denen Verbände ihren Mitgliedern, seien es nun Einzelhändler, Großhändler oder Produzenten, eine Empfehlung erteilen.

Der Preis ist die Gegenleistung, die ein Marktteilnehmer für die von ihm erbrachte Leistung verlangt. Ein höherer oder niedrigerer Preis ist der Maßstab dafür, ob ein Käufer sich eine Ware oder Leistung billig oder teuer verschaffen kann. Darüber aber, ob der Marktteilnehmer die

1) Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung (1960); Kathrein, Nachfrage im Wettbewerb (1960); Fikentscher, WuW 60 S. 680; Benisch, WuW 60 S 842; Westermann, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf (1956); Ewald, FAZ vom 23. Januar 1961; Industriekurier vom 28. April 1960.

Leistung günstig oder ungünstig erlangt hat, entscheiden neben dem Preis regelmäßig auch die Qualität der Ware, ein gut funktionierender Kundendienst, die Länge der Lieferzeiten usw.. Es ist daher verständlich, daß Wettbewerbsvorteile nicht nur mit Hilfe der Empfehlung von Preisen erzielt, sondern genau so gut durch die Empfehlung von Konditionen erreicht werden können. Diese Entwicklung läuft jener im Bereich der rechtsgeschäftlichen Wettbewerbsbeschränkungen parallel; denn Preiskartelle kommen nur noch sehr selten vor, weil sie gemäß § 5 Abs. 3 - § 8 genehmigt werden müssen, während es eine sehr große Anzahl von Rationalisierungs-, Konditionen- und Rabattkartellen gibt¹⁾. Wenn auch das Wettbewerbsbestreben sich auf die Preisbestandteile verlagert hat, so bleibt letztlich doch der Preis entscheidend für den Kaufentschluß. Denn es besteht immer noch die Gewohnheit breiter Käuferschichten, nach niedrigen oder hohen Preisen zu kaufen.

Die horizontale Preisempfehlung ist der Prototyp und wohl am häufigsten vorkommende Fall der sogenannten Verbands-empfehlung. Diese liegt dann vor, wenn ein Verband von Herstellern, Groß- oder Einzelhändlern eines bestimmten Bezirks seinen Mitgliedern vorschlägt, von einem bestimmten Zeitpunkt ab für eine bestimmte Ware einen bestimmten Preis zu nehmen oder zu geben. Ein solcher Vorschlag kann einerseits einen rein informatorischen Charakter haben, der Verband kann mit ihm andererseits aber auch den Zweck verfolgen, ein kartellmäßiges gleichförmiges Verhalten aller Verbandsmitglieder zu erreichen. Eine Besonderheit der Verbandsempfehlung ist darin zu sehen, daß nur mit ihrer

1) Vgl. von Brunn BB, 58 S. 684. In den USA gibt es dagegen immer noch zahlreiche Preiskartelle, vgl. Benisch, WuW 60 S. 509. Vgl. im übrigen von Brunn, BB 58 S. 685/686, der eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 noch nicht dann annimmt, wenn sich die Konditionenempfehlung sachlich auf ein Verbot im Sinne des GWB bezieht (z.B. § 1), sondern erst dann, wenn es sich um eine Umgehung einer von der Kartellbehörde erlassenen Verfügung handelt.

Hilfe (Rundschreiben) in Verbänden mit sehr großen Mitgliederzahlen schnell und wirkungsvoll gearbeitet werden kann; denn es ist nicht immer möglich, Verträge abzuschließen, weil einerseits die Verbandsmitglieder sich nicht binden wollen und andererseits der Abschluß von Verträgen oder eine Beschlußfassung viel zu lange dauern würde.

Seit dem Inkrafttreten des GWB haben sich die Gerichte mit der Frage der Ordnungswidrigkeit horizontaler Preisempfehlungen nur wenig beschäftigt. Als Beispiel können hier nur genannt werden die Entscheidung des BGH im sogenannten Kohlenplatzhandelsfall¹⁾ und der "Filmtransportfall" des LG Düsseldorf²⁾. Daneben haben die Kartellbehörden des Bundes und der Länder in einer Reihe weiterer Fälle an einzelne Unternehmen oder Verbände Anfragen zur Aufklärung etwaiger Verstöße gegen § 38 Abs. 2 Satz 2 gerichtet. Die Betroffenen haben daraufhin z.T. ihrerseits sofort gewisse Praktiken abgestellt, sich mit den Kartellbehörden gütlich geeinigt, oder aber die Verfahren sind z. Zt. noch nicht abgeschlossen³⁾.

Daß evtl. noch zahlreiche neue Verfahren zu erwarten sind, ergibt sich einmal mittelbar aus der heftigen Ablehnung, die der Kohlenplatzhandelsbeschluß in den möglicherweise betroffenen Wirtschaftskreisen hervorgerufen hat, die befürchten, daß die gesamte Verbandstätigkeit der Industrie in Frage gestellt ist, und zum anderen enthalten die Fachzeitschriften, die Tagespresse und auch Rundfunksendungen zahlreiche Hinweise über die Erteilung wettbewerbswidriger horizontaler Preisempfehlungen.

Ohne daß damit auch schon etwas über die Ordnungswidrigkeit ausgesagt werden soll, können daher hier die folgenden

1) BGH, WuW 60 S. 347 ff.

2) LG Düsseldorf, WuW 60 S. 648 ff.

3) Vgl. die Berichte des BKA für 1958 S. 57 (1.Sp.), 1960 S. 45 ff.

Beispiele genannt werden: die von den Handelsketten ausgegebenen Preisempfehlungen für Sonderangebote¹⁾; die Kalkulationsschulungen mancher Innungen (z.B. der Frisöre und Glaser), sofern diese an ganz konkreten Beispielen aus der jeweiligen Branche vorgenommen werden²⁾; die Herausgabe von umfangreichen Kalkulationsunterlagen über Selbstkosten und Preisbestandteile eines Verbandes an seine Mitglieder; die Ankündigung des Verbandes der Süßwarenindustrie in der Tagespresse, daß demnächst eine Preiserhöhung um etwa 5 % unumgänglich sei³⁾; die Tätigkeit der Preismeldestellen (OPS); die ständige Unterrichtung der Erdbeeranbauer durch einen regionalen Verband über die zu fordernden Erdbeerpreise; die Weitergabe von Normen, Preisen und Preisbestandteilen eines Verbandes an seine Mitglieder, wenn vorher etwa der Verband mit einem öffentlichen Auftraggeber über die Zweckmäßigkeit dieser Markt- und Produktionsdaten beraten hat, weil weder die Verbandsmitglieder noch der öffentliche Auftraggeber praktische Erfahrungen über die Normen, Preise oder Preisbestandteile hatten; die Mitteilung angemessener Handelsspannen durch einen Verband an seine Mitglieder, wenn vorher zwischen dem Verband und den Herstellern Verhandlungen geführt worden waren, weil die Handelsspannen der Verbandsmitglieder den Herstellern zu groß erschienen; die Empfehlungen

1) Industriekurier vom 28. April 1960; Die Zeit vom 25. August 1960; FAZ vom 30. November 1960 und vom 30. Januar 1961.

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 23; Bericht des BKA für das Jahr 1958 S. 57 (r. Sp.); Uhlich in der Besprechung der Berichte des LKA Niedersachsen, WuW 61 S. 400.

3) Vgl. dazu Müller-Gries, § 38 Anm. 27; Langen, § 38 Anm. B V 3; siehe ferner FAZ vom 28. Juni 1961 (Preissteigerungen in der Papier- und Pappe verarbeitenden Industrie).

eines Nordrhein-Westfälischen Kohlenhändlerverbandes, die Kohlenpreise um einen bestimmten Betrag zu erhöhen¹⁾; die auffälligen Schwankungen der Preise für Benzin und Sekt, worüber immer wieder in den Tageszeitungen berichtet worden ist²⁾.

In all diesen Beispielsfällen handelt es sich um im Hinblick auf § 38 Abs. 2 Satz 2 interessante Tatbestände. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß sie auch ordnungswidrig sind; denn es kann die Ausnahme der Mittelstandsempfehlung vorliegen oder die der sogenannten Bereichsausnahmen der §§ 99 ff. Es kann sich um bloß informierende Preismitteilungen handeln, die nicht mit dem Willen zur Beeinflussung ausgesprochen worden sind. Es kann ferner eine reine Preisführerschaft vorliegen, bei der mehrere Unternehmen auf Grund gegenseitiger Marktbeobachtungen sich gleichförmig verhalten, ohne daß eine Empfehlung "ausgesprochen" worden ist, wie § 38 Abs. 2 Satz 2 es voraussetzt. Schließlich kann es am Umgehungsvorsatz, an der Rechtswidrigkeit und am Unrechtsbewußtsein des Täters fehlen.

1) Die Welt vom 24. März 1961.

2) Siehe weitere Beispiele im Bericht des BKA für das Jahr 1958 S. 57 (XI).

2. Abschnitt: Auslegungsprobleme.

Nicht nur die möglicherweise betroffenen Kreise der Wirtschaft beklagen sich über einen uferlos weiten Anwendungsbereich des Umgehungstatbestandes, sondern auch das BKA hat in seinem Bericht für das Jahr 1959 zugegeben, daß § 38 Abs. 2 Satz 2 eine unglückliche gesetzliche Fassung erhalten hat¹⁾. Es ist daher nötig, Inhalt und Umfang der Tatbestandsmerkmale des Umgehungstatbestandes nach Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2 Satz 2 zu bestimmen. Dabei werden eine Reihe von Auslegungsgrundsätzen zu beachten sein.

Bei der Auslegung nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist nach dem Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung vorzugehen²⁾. Er bedeutet, daß das GWB unter dem Vorrang der Normen des GG steht und diese Grenzen und Richtung der Auslegung bestimmen. Soweit nicht Wortlaut und Zweck des Umgehungstatbestandes entgegenstehen, wird daher immer diejenige Auslegung vorzuziehen sein, die mit dem GG im Einklang steht. Als möglicherweise mit dem Umgehungstatbestand kollidierende Grundrechte sind zu erwähnen: Das Recht der freien Meinungsäußerung, Artikel 5 GG, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Artikel 2 Abs. 1 GG, und der Grundsatz der Bestimmtheit strafrechtlicher Normen, Artikel 103 Abs. 2 GG.

Auslegungsschwierigkeiten ergeben sich daraus, daß sich das GWB aus verschiedenen Rechtsmaterien zusammensetzt, dem Kartell-Verwaltungsrecht, dem Kartell-Zivilrecht, und dem Kartell-Strafrecht³⁾. Diese drei ihrem Wesen nach so

1) Bericht des BKA für das Jahr 1959 S. 9 und 40.

2) Vgl. Huber, S. 22 mit weiteren Nachweisen; Giefers, S. 56.

3) Langen, § 1 Anm. II 3 b (S. 61 Mitte).

unterschiedlichen Rechtsgebiete müssen bei der Auslegung der kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeitsvorschrift des § 38 Abs. 2 Satz 2 immer unterschieden werden.

Das GWB ist zwar das Ordnungsgesetz der Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, die "Magna Charta der wirtschaftlichen Freiheit"¹⁾, auch wenn es beträchtliche Teile unseres wirtschaftlichen Lebens nicht erfaßt; aber es ist kein in sich abgeschlossenes System wie das des BGB. Das GWB ist vielmehr "kodifizierte Wirtschaftspolitik"; seine Interpretation muß der in längeren Zeiträumen veränderlichen Wirtschaftspolitik angepaßt werden²⁾.

§ 38 Abs. 2 Satz 2 verbietet "Umgehungen der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote"; hinsichtlich des Kartellverbots ist es daher seine Aufgabe, Wettbewerbsbeschränkungen mittels Empfehlungen, die zu einem kartellgleichen Verhalten der Empfehlungsempfänger ohne förmlichen Abschluß eines Kartells führen, zu verhindern. Indessen ist es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, daß § 38 Abs. 2 Satz 2 sämtliche Umgehungen der Verbote des GWB erfassen soll. Wie aus der Debatte bei der Lesung des Gesetzentwurfs im Bundestag zu entnehmen ist, handelt es sich um ein Umgehungsverbot in abgeschwächter Form, das nicht schon jeden Umgehungsversuch, sondern nur erfolgreiche Umgehungen mittels Empfehlungen erfaßt³⁾ und auch nur die Umgehungen durch

1) Günther, BB 57 S. 721.

2) Vgl. Steindorff, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt/Main 1959.

3) Siehe den Auszug aus den Bericht über die 222. Plenarsitzung des BT im Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg/Schwartz, Anhang F (S. 1218 ff); Müller-Gries, § 38 Anm. 23 und 24; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 51; a.A. Langen, § 38 Anm. B IV, der die Ansicht vertritt, die Abgeordneten Hellwig, Böhm und Höcherl hätten zwar das Empfehlungsverbot abschwächen wollen, tatsächlich sei aber eine gewisse Verschärfung eingetreten; vgl. dazu aber auch Anm. B VII 1 (S. 297 Mitte).

empfehlungsbeeinflusstes gleichförmiges Verhalten. Als Umgehung des § 1, die nicht den Tatbestand des § 38 Abs. 2 erfüllt, ist z.B. die Preisführerschaft zu nennen, weil es bei ihr schon am Aussprechen einer Empfehlung fehlt. Bei bloßer gegenseitiger Beobachtung und entsprechenden Marktreaktionen handelt es sich auch nicht um die Erteilung einer Empfehlung in schlüssiger Form.

Die Auslegung der einzelnen im § 38 Abs. 2 Satz 2 genannten Begriffe wie Empfehlung, Umgehung und gleichförmiges Verhalten wird einmal dadurch erschwert, daß sie z. T. um die Tatbestandsmerkmale der im Einzelfall anzuwendenden Verbotsbestimmung (§ 1) ergänzt werden müssen, zum anderen aber auch dadurch, daß die Tatbestandsmerkmale des § 38 Abs. 2 Satz 2 nur gemeinsam eine sinnvolle Einheit bilden und nicht völlig isoliert betrachtet werden können. Aus einer scharfen Trennung einerseits und einer zumindest teilweisen Zusammenfassung der Tatbestandsmerkmale andererseits sind infolgedessen einige der Meinungsverschiedenheiten zum Empfehlungsbegriff zu erklären. Ein typisches Beispiel dafür ist der Streit über das Merkmal der sogenannten tatsächlichen Bindung¹⁾, durch das der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 2 Satz 2 eingeengt wird²⁾.

Der Verstoß gegen § 38 Abs. 2 Satz 2 stellt eine kartellrechtliche Ordnungswidrigkeit dar. Die §§ 38 - 43 GWB verweisen jedoch nicht ausdrücklich auf das Gesetz gegen Ordnungswidrigkeiten. Es ist daher erforderlich, das Ver-

1) Siehe z.B. Huber, S. 46 ff; BGH, WuW 60 S. 348.

2) Vgl. dazu Paul, DB 58 S. 1320, der die zahlreichen Versuche, in den Begriff der Empfehlung zusätzliche Begriffsmerkmale hineinzuinterpretieren (um so den Umgehungstatbestand einzuschränken), die aber richtiger Ansicht nach nicht zum Wesen der Empfehlung gehören, als "ein beachtliches kryptosoziologisches Anliegen" charakterisiert.

hältnis des § 38 Abs. 2 Satz 2 zum Ordnungswidrigkeiten-gesetz und damit zugleich zum Wirtschaftsstrafgesetz und zum Strafgesetzbuch klarzustellen. Zu dieser Frage hat Spengler in seiner Schrift "Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen"¹⁾ am ausführlichsten Stellung genommen. Nach Spengler sind die Grundsätze des allgemeinen Strafrechts, des Wirtschafts-strafrechts und des Rechts der Ordnungswidrigkeiten grund-sätzlich auf die kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeiten entsprechend anwendbar, weil kein rechtssystematischer Unterschied zwischen verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen und sonstigen unerlaubten Handlungen besteht²⁾. Im übrigen ist auch im OWiG mehrfach ausdrücklich auf eine entsprechen-de Anwendung der Bestimmungen des Allgemeinen Teils des StGB hingewiesen, vgl. z.B. §§ 9 bis 14 OWiG. Auch zwischen dem OWiG und den §§ 38 bis 43 GWB sind keine rechtssystematischen Unterschiede festzustellen. In den §§ 38 ff. GWB sind lediglich einige kartellrechtliche Spezialfragen geregelt. Der Umstand, daß es sich bei den §§ 38 ff. nicht um kriminelle Delikte handelt, sondern nur um wirtschaftlich unerlaubte Handlungsweisen oder soge-nanntes Verwaltungsunrecht, ist kein Grund, der eine Über-tragung der allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze ver-

1) Spengler, S. 37 ff; ferner ausführlich Langen § 38, Vorbem. III und IV; Huber, S. 54 unten; Gieffers, S. 65; Strickrodt, WuW 60 S. 825 Anm. 3 mit weiteren Nach-weisen; Rotberg, Kommentar zum OWiG, Einführung IV (S. 32); Müller-Gries, § 38 Vorbem. 1; BGH, WuW 60 S. 349 ("Strafrechtlichem Denken widerstreitet es..."); Hoth, WRP 59 S. 102 ff; Mayer-Wegelin im Gemeinschafts-kommentar, § 38 Anm. 1 - 8.

2) Spengler, S. 38.

bieten würde. Es handelt sich dabei nur um einen Unterschied im Hinblick auf den materiellen Unrechtsgehalt. Bei kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeiten sind daher die strengen Tatbestands-, Unrechts- und Schuldanforderungen des allgemeinen Strafrechts anzuwenden¹⁾.

Es sind daher nunmehr die Tatbestandsmerkmale des objektiven Tatbestands des § 38 Abs. 2 Satz 2 darzustellen und kritisch zu würdigen.

1) Strickrodt, WuW 60 S. 825 Anm. 3; Mayer-Wegelin, § 38 Allgem. Erläuterungen (S. 61 ff.). Der BGH ist im Kohlenplatzhandelsfall auch nach allgemein strafrechtlichen Regeln vorgegangen; denn er hat seine Ausführungen abgebrochen, als feststand, daß es an dem objektiven Tatbestandsmerkmal des gleichförmigen Verhaltens (der tatsächlichen Marktbeeinflussung, dem Umgehungserfolg) fehlte; infolgedessen brauchte er auf den Umgehungsvorsatz des Empfehlenden nicht mehr einzugehen, vgl. WuW 60 S. 350/351.

3. Abschnitt: Die Empfehlung.

Der Begriff der Empfehlung ist in § 38 Abs. 2 nicht definiert. Es liegt daher nahe, mit Hilfe der sonstigen Vorschriften des GWB, in denen die Empfehlung als Tatbestandsmerkmal enthalten ist, eine Begriffsbestimmung vorzunehmen. Die §§ 38 Abs. 2 S. 3, 99 und 104 sagen lediglich etwas über bestimmte Empfehlungsinhalte aus, aber nichts über das Wesen der Empfehlung. So heißt es z.B. in § 38 Abs. 2 S. 3, in dem die sog. Mittelstandsempfehlung als Ausnahme vom Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 normiert ist: "Dies gilt nicht für Empfehlungen, bestimmte Preise zu fordern..."

A. Das Wesen der Empfehlung nach § 38 Abs. 2 S. 1 und der Wortbedeutung in der Umgangssprache.

§ 38 Abs. 2 S. 1 enthält zwar auch keine Definition der Empfehlung, dem Gesetzestext kann aber entnommen werden, worin das Wesen der Empfehlung besteht. § 38 Abs. 2 S. 1 lautet: "Eine Ordnungswidrigkeit begeht ferner, wer vorsätzlich durch Empfehlung daran mitwirkt, daß die in Absatz 1 genannten Ordnungswidrigkeiten begangen werden." Aus dieser Formulierung wird ersichtlich, daß die Empfehlung dem Empfehlenden als Mittel zur Beeinflussung des Wettbewerbsverhaltens der Empfehlungsempfänger dient¹⁾.

Der rechtssystematische Unterschied zwischen dem sog. qualifizierten Anstiftungstatbestand des § 38 Abs. 2 S. 1 und dem sog. Umgehungstatbestand des § 38 Abs. 2 S. 2²⁾ rechtfertigt nicht die Annahme, der Gesetzgeber habe in diesen beiden Sonderregelungen verschiedene Empfehlungsbegriffe verwendet. Beide Vorschriften stehen im

1) Vgl. Giefers, S. 33 unten.

2) Huber, S. 60 und 64.

2. Absatz des § 38, also in einem sehr engen systematischen Zusammenhang. Wäre der Gesetzgeber des GWB von verschiedenen Empfehlungsbegriffen ausgegangen, so hätte er das im Zweifel zum Ausdruck gebracht. Auch den §§ 38 Abs. 2 S. 3, 99 und 104 ist nichts über die Verwendung verschiedener Empfehlungsbegriffe zu entnehmen.

Außerdem ist zu beachten, daß das Wort "empfehlen" in der Umgangssprache in demselben Sinne gebraucht wird, wie es der Gesetzgeber in § 38 Abs. 2 S. 1 verwendet hat. Nach dem Deutschen Wörterbuch der Gebrüder Grimm ist unter "empfehlen" soviel zu verstehen, wie "anempfehlen, ans Herz legen, anraten, einbinden (im Sinne von einschärfen)"¹⁾.

Die Empfehlung im Sinne der Umgangssprache ist daher zu definieren als "eine Erklärung, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt"²⁾. In den Worten "... und es ihm deshalb anrät..." kommt eine Beeinflussungstendenz des Empfehlenden zu einem bestimmten Verhalten der Empfehlungsempfänger zum Ausdruck.

Ein anderer Empfehlungsbegriff ist im § 676 BGB enthalten. Dort hat er die Bedeutung eines Ratschlages oder einer Gefälligkeit³⁾. Der Vor- und Entstehungsgeschichte des GWB läßt sich jedoch kein Hinweis auf eine mögliche Identität zwischen dem kartellrechtlichen Empfehlungsbegriff und dem des § 676 BGB entnehmen. Vielmehr sprechen die Materialien zum GWB dafür, daß der Gesetzgeber vom Sinne

1) Wiedergegeben nach BGH, WuW 60 S. 348.

2) BGH. WuW 60 S. 348.

3) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB, Band 2 (1898), S. 380 (IV); vgl. Giefers, S. 29; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 22.

des Wortes "empfehlen" in der Umgangssprache ausgegangen ist. Während der Gesetzgebungsarbeiten bestanden keine Meinungsverschiedenheiten über den Begriff der Empfehlung, sondern lediglich über Inhalt und Grenzen des Tatbestandes des vorgesehenen Empfehlungsverbotes¹⁾. Der Gesetzgeber ging dabei von der Beobachtung aus, daß die Verwendung der Empfehlung als Mittel zur Beschränkung des Wettbewerbs praktisch zu demselben wettbewerbswidrigen Erfolg führt wie ein Kartellvertrag im Sinne des § 1. So heißt es z.B. in der Begründung zum Regierungsentwurf des GWB²⁾:

"2. In den letzten Jahren war durch die Alliierten Dekartellierungsgesetze der Abschluß eines Kartellvertrages grundsätzlich verboten. Die Erfahrung hat gezeigt, daß die Wirtschaft demgegenüber vielfach zu Ausweichformen gegriffen hat. Eine wichtige Rolle spielten dabei die Empfehlungen... Empfehlungen bezüglich der Preise, ... können ... die Wettbewerbsverhältnisse in gleicher Weise beeinflussen wie eine echte Kartellbindung im Sinne des § 1. Soll also das Verbot des § 1 nicht jederzeit umgangen werden, so ist es durch ein entsprechendes Verbot der Empfehlungen zu ergänzen."

B. Das Verhältnis zwischen § 38 Abs. 2 S. 2 und § 1.

Die vorstehend zitierten Sätze sind nicht nur eine Bestätigung des Wesens der Empfehlung als Mittel zur Beeinflussung der Empfehlungsempfänger zu einem wettbewerbswidrigen Erfolg, sondern sie stellen zugleich das systematische Verhältnis klar, in dem § 38 Abs. 2 S. 2 und § 1 zueinander stehen. Die Empfehlung kann als Ersatzform einer

1) Siehe die Materialien zum GWB bei Müller-Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommentar, S. 1069 (b); 1098, 1192 ff., 1218 ff.

2) Müller-Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommentar, S. 1098.

vertraglichen Wettbewerbsbeschränkung dieselbe Wirkung haben wie ein Kartellvertrag, wenn die Empfehlungsempfänger die Empfehlung befolgen. Im Gegensatz zum Kartellvertrag erzeugt die Empfehlung jedoch keine rechtliche Verpflichtung zu ihrer Befolgung. Sie läßt dem Empfehlungsempfänger letztlich die Freiheit der Entschließung. Es steht ihm frei, der Empfehlung zu folgen oder sie unbeachtet zu lassen¹⁾. Da es nicht der Zweck der Empfehlung ist, eine Rechtslage zu ändern, sondern nur einen tatsächlichen Erfolg im Wettbewerb zu bewirken, ist sie nicht mit einer Willenserklärung oder mit einer geschäftsähnlichen Handlung im Sinne des Zivilrechts vergleichbar²⁾. Die Natur einer erfolgreichen Empfehlung entspricht vielmehr der einer unerlaubten Handlung i.S. d. § 823 BGB³⁾.

Die Empfehlung ist also ihrem Wesen nach rechtlich unverbindlich, und zwar sowohl für den Empfehlenden als auch für die Empfehlungsempfänger⁴⁾. Infolgedessen ist der sehr häufig verwendete Ausdruck "unverbindliche Empfehlung" ein Pleonasmus⁵⁾.

1) BGH, WuW 60 S. 348 (I 1 Abs. 2); Mayer-Wegelin, DB 58 S. 187 (III 1.).

2) Siehe für viele Gieffers, S. 27 u. 64; Hengstenberg, WuW 58 S. 441; a.A. wohl nur Lukes, S. 303 ff., der bei den Empfehlungen eines Verbandsgeschäftsführers die Vorschriften der §§ 177, 181 BGB für anwendbar hält. Siehe dazu ferner Henkel, S. 32.

3) Vgl. Schramm-Klaka, WRP 58 S. 75.

4) Huber, S. 45 unten mit zahlreichen Nachweisen und S. 53; BGHZ 28 S. 216 (c.); Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 6; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 19.

5) Vgl. Gnam, NJW 52 S. 133 (1. Sp.), der die Ursache dieser sprachlichen Mißbildung historisch erklärt; Huber, S. 38 und 52/53.

Eine von der rechtlichen Unverbindlichkeit sachlich und systematisch scharf zu trennende Frage ist die, ob die Empfehlung eine tatsächliche bindende Kraft zwischen dem Empfehlenden und den Empfehlungsempfängern entfalten kann¹⁾.

Die Empfehlung ist eine einseitige Erklärung des Empfehlenden an die Empfehlungsempfänger²⁾. Geben die Empfehlungsempfänger ihrerseits an den Empfehlenden Erklärungen ab, so kann der Tatbestand einer wechselseitigen Empfehlung vorliegen³⁾. Kommt es darüber hinaus zu einer gegenseitigen Willensübereinkunft zwischen den Erklärenden und den Erklärungsempfängern, so kann es sich um ein "gentlemen agreement"⁴⁾ handeln, nach Meinung des BGH und Lukes⁵⁾ sogar um einen Vertrag im Sinne des § 1.

Bei wechselseitigen Empfehlungen fehlt es an einer gegenseitigen Willensübereinkunft. Ihre Besonderheit liegt darin, daß ein einheitlicher wirtschaftlicher Tatbestand, bestehend aus mehreren einander sich entsprechenden einseitigen Erklärungen (ohne den zivilrechtlichen Willen zur Bindung), in so viel einzelne Empfehlungstatbestände aufgegliedert wird, wie einseitige Erklärungen, rein tatsächlicher Natur, abgegeben worden sind. Der Empfehlende

1) Siehe z.B. Huber, S. 53 (vor e.).

2) Giefers, S. 64; Huber, S. 52.

3) Vgl. Meyer-Cording, NJW 53 S. 566; Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 13; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskomm. § 1 Anm. 49; Benisch, DB 57 S. 792 (1. Sp.).

4) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 29 mit weiteren Nachweisen.

5) BGH, WuW 60 S. 349 Mitte; Lukes, S. 123 ff. und 132 ff.; Gabriel, MA 60 S. 251; Mees, S. 85; ähnlich auch Langen, § 1 Anm. II 3 b (S. 61 unten).

der einen Erklärung ist zugleich der Empfänger einer oder mehrerer anderer Preismitteilungen. Prinzipielle Bedenken gegen eine Anwendung des § 38 Abs. 2 Satz 2 in den Fällen wechselseitiger Empfehlungen bestehen nicht, weil es sich nicht um eine unzulässige, erweiternde Auslegung des Umgehungstatbestandes im Sinne des § 2 StGB handelt, sondern lediglich um die Aufteilung eines an sich einheitlichen wirtschaftlichen Tatbestand in mehrere Teilhandlungen und deren selbständige Subsumtion unter § 38 Abs. 2 S. 2.

C. Die drei Wesensmerkmale der Empfehlung.

Dem § 38 Abs. 2 S. 1, der Bedeutung des Wortes "empfehlen" in der Umgangssprache und dem systematischen Verhältnis zwischen § 38 Abs. 2 S. 2 und § 1 können also die folgenden drei charakteristischen Merkmale einer horizontalen Preisempfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 2 entnommen werden: 1.) Eine Preismitteilung des Empfehlenden an die Empfehlungsempfänger, 2.) der Ratschlag, daß das Fordern des übermittelten Preises gut oder vorteilhaft sei, und 3.) daß deshalb der Empfehlungsempfänger diesen Preis fordern möge (Beeinflussungswille). Diese drei Elemente der Empfehlung sind nunmehr einzeln zu beschreiben und untereinander sowie gegenüber verwandten Erscheinungen abzugrenzen.

I. Eine Preismitteilung.

Eine horizontale Preisempfehlung ist an eine bestimmte Form nicht gebunden ("Wer Empfehlungen ausgesprochen hat, ..."). Sie kann mündlich oder schriftlich erteilt werden. Der Empfehlende kann den Empfehlungsempfängern ausdrücklich anraten, den vorgeschlagenen Preis zu fordern ("offene" Empfehlung), oder sich darauf beschränken, den Empfehlungsempfängern lediglich einen bestimmten Preis mitzuteilen ("versteckte" Empfehlung)¹⁾, weil er weiß, daß

1) Vgl. BGH, WuW 60 S. 350 (III. 1.).

die Empfehlungsempfänger ihn übernehmen.

Zwischen diesen beiden Extremen gibt es zahllose Übergangsformen. Eine offene Empfehlung ist aber immer erst dann gegeben, wenn die Übernahme des mitgeteilten Preises ausdrücklich angeraten wird. Unumgängliche Voraussetzung ist in jedem Fall, daß der Empfehlende einen Preis an die Empfehlungsempfänger übermittelt hat. Die Feststellung einer Preismitteilung ist deshalb der Ausgangspunkt für die weitere Prüfung, ob auch das Element des Ratschlages und das des Beeinflussungswillens gegeben ist.¹⁾

Aber auch wenn eine Preismitteilung vorhanden ist, kann sie unerheblich im Sinne des Umgehungstatbestandes sein. Das ist z.B. der Fall, wenn sie objektiv nicht geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, auf das Verhalten der Empfehlungsempfänger im Marktgeschehen einen Einfluß auszuüben²⁾. Das trifft z.B. zu für die Mitteilung von Preisdaten, die der Vergangenheit angehören und nur Informationszwecken dienen, während gegenwärtige oder zukünftige Preise auch mit dem Willen übermittelt werden können, das Verhalten der Adressaten im Wettbewerb zu beeinflussen. Die objektive Eignung zur Marktbeeinflussung ist eine Eigenschaft der Preismitteilung, die sich aus Sinn und Zweck des Umgehungstatbestandes im Zusammenhang mit dem zu umgehenden Verbot des § 1 ergibt.

Nicht die offenen Empfehlungen, sondern die sog. versteckten Empfehlungen sind heute am zahlreichsten; denn bei ihnen ist die Gefahr nicht so groß, daß sie als ordnungswidrig erkannt werden. Die Methoden, Preise zu empfehlen, haben sich verfeinert. Versteckte Empfehlungen sind in manchen Fällen sogar mit dem Zusatz versehen "unverbindlicher Preisvorschlag", "Richtpreis" oder einer ähnlichen

1) Vgl. Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 54; Löffler-Glaser, DB 59 S. 280 (r. Sp.).

2) BGH, WuW 60 S. 350 (letzter Absatz); Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 26.

Formel. Daneben sind aber noch zahlreiche andere Formen möglich, um den wirklichen Empfehlungscharakter einer Erklärung zu verschleiern. Der BGH hat daher im Kohlenplatzhandelsbeschluß die Frage der offenen und versteckten Empfehlung wie folgt charakterisiert¹⁾: "Zutreffend vertritt es (das OLG Hamburg) die Ansicht, daß Preismitteilungen auch ohne ausdrückliches Anraten bestimmter Preismaßnahmen und trotz des Hinweises auf ihre Unverbindlichkeit in Wirklichkeit Preisempfehlungen sein können."

Im Hinblick auf die Art und Weise der Erteilung von Empfehlungen kann es nicht darauf ankommen, daß der Empfehlende die Empfehlung im Namen seiner Firma, im Rahmen einer Innungsversammlung, Verbandstagung oder in privaten Gesprächen abgibt; denn alle diese Möglichkeiten werden vom Gesetzestext des § 38 Abs. 2 Satz 2 erfaßt: "Wer Empfehlungen ausgesprochen hat ..."²⁾. Für die Frage, ob eine Umgehung durch empfehlungsbeeinflußtes gleichförmiges Verhalten vorliegt, ist es also ohne Bedeutung, ob der Empfehlende einen Preis offiziell oder privat empfiehlt. Daß auch private Gespräche zwischen Unternehmern wettbewerbsrechtlich erheblich sind, bestätigt schon ein Hinweis auf die sogenannten Frühstückskartelle, "Gary-Dinners" usw. Nur werden echte wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in solchen Fällen kaum jemals nachzuweisen sein. Im übrigen wird es sich in vielen ähnlich gelagerten Fällen um bloße

1) BGH, WuW 60 S. 350 (III 1); siehe auch Huber, S. 54; Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 5; Mayer-Wegelin, DB 58 S. 189 (1. Sp. unter 2 a); Würdiger, WuW 58 S. 508; Meyer-Cording, NJW 53 S. 566. Wenn auch nicht im Hamburger Kohlenplatzhandelsfall, so doch prinzipiell der Unterscheidung zwischen offenen und versteckten Empfehlungen zustimmend Benisch, WuW 60 S. 355 (b) und S. 356.

2) a.A. Langen, § 38 Anm. B V 3; Huber, S. 42; vgl. auch v. Katzler, WuW 52 S. 345.

Meinungsäußerungen in wirtschaftlichen Angelegenheiten handeln¹⁾, die keine Empfehlungen im Sinne des Umgehungs-
tatbestandes sind, weil sie ohne Beeinflussungswillen er-
teilt werden. Bei der Entscheidung praktischer Fälle ist
es naturgemäß häufig sehr schwierig zu erkennen, ob es
sich um eine versteckte Preisempfehlung handelt oder ob
lediglich eine Meinungsäußerung über eine Preisstellung
vorliegt, die noch keine Empfehlung im Sinne des Umgehungs-
tatbestandes ist. Dabei handelt es sich jedoch vor allem
um Beweisschwierigkeiten; denn die für eine kartellrecht-
liche Empfehlung charakteristischen Wesenszüge sind bei
offenen und versteckten Empfehlungen dieselben.

II. Der Ratschlag.

In den Fällen offener Empfehlungen werden den Empfeh-
lungsempfängern über die Preismitteilung hinaus noch eine
Reihe weiterer Umstände mitgeteilt. Dabei kann es sich um
reine Tatsachen, Meinungsäußerungen, Werturteile, Be-
rechnungen, Gutachten, Anregungen, Vorschläge usw. handeln.
Der Empfehlende bezeichnet also ein bestimmtes Verhalten
des Empfehlungsempfängers als zweckmäßig, günstig, aus-
sichtsreich oder gewinnbringend. Z.B. werden die Empfeh-
lungsempfänger davon in Kenntnis gesetzt, daß der bisherige
Verkaufspreis einer Ware die Unkosten und einen ange-
messenen Gewinn nicht mehr decke, weil kürzlich die Löhne
erhöht und die Rohstoffe teurer geworden seien, und daß
dieser Nachteil nur durch das Fordern des mitgeteilten
höheren Preises ausgeglichen werden könne. Diese Eigenart
der Empfehlung hat der BGH im Kohlenplatzhandelsbeschluß
mit den Worten umschrieben: "Eine Erklärung, durch die je-
mand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft be-
zeichnet ..."²⁾. Dies Element der Empfehlung soll hinfort

1) So auch Mayer-Wegelin, DB 58 S. 188.

2) BGH, WuW 60 S. 348 (I.1. Abs. 1).

kurz mit "Ratschlag" bezeichnet werden¹⁾.

Der Ratschlag als Bestandteil einer kartellrechtlichen Empfehlung muß immer auf ein bestimmtes gegenwärtiges oder zukünftiges Verhalten der Empfehlungsempfänger gerichtet sein, z.B. auf die Erhöhung eines bestimmten Preises. Das Wesen des Ratschlages besteht darin, daß er einen Ausweg aus der für den Ratnehmer bisher unbefriedigenden Situation aufzeigt. Dabei dienen die die Preismitteilung erläuternden Umstände als Begründung für die Anpassung des bisher geforderten Preises an das Niveau des mitgeteilten Preises. Der wesentliche Inhalt des Ratschlages besteht also letztlich aus dem mitgeteilten Preis.

Ist der Ratschlag nicht auf bestimmte Tatsachen konkretisiert, so können die Erklärungsempfänger aus ihm sehr unterschiedliche Schlußfolgerungen ziehen. Sie übernehmen dann nicht einen bestimmten vorgeschlagenen Preis, sondern setzen ihre Preise auf Grund eigener Überlegung und Entscheidung fest. Das trifft z.B. zu, wenn ein Wirtschaftsverband Unternehmer und Händler auffordert, Preisdisziplin zu üben, oder wenn den Erklärungsempfängern sog. "von - bis - Preise"²⁾ mitgeteilt werden. In diesen Fällen ist der Grundsatz der eigenverantwortlichen Preisbildung in der Marktwirtschaft nicht verletzt. Dem zu allgemein gehaltenen Ratschlag entspricht ein genau so unbestimmter Beeinflussungswille des Erklärenden. Eine solche "Allgemeinempfehlung" kann deshalb nicht ursächlich werden für ein gleichförmiges Verhalten der Erklärungsempfänger im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2, weil es schon an einem konkreten Ratschlag fehlt.

1) Giefers, S. 27/28.

2) Vgl. Bericht des BKA für das Jahr 1958 S. 57.

Ein Ratschlag ist seinem Wesen nach neutral und uneigennützig. Der Erklärende verfolgt mit ihm nur den Zweck, den Erklärungsempfänger im Wissen zu bereichern¹⁾.

Er dient der objektiven Aufklärung über wirtschaftliche Fakten und Zusammenhänge. Ob der Erklärungsempfänger den Ratschlag tatsächlich befolgt, ist z.B. für einen Betriebsberater nicht von entscheidender Bedeutung, da seine Aufgabe mit der Übermittlung des Ratschlages erledigt ist. Ein Berater handelt also nicht zusätzlich aus dem Beweggrund, das Verhalten der Erklärungsempfänger in einem bestimmten Sinne zu beeinflussen.

Während bei offenen Empfehlungen das Element des Ratschlages dem mitgeteilten Preis und den ihn erläuternden Umständen unmittelbar entnommen werden kann, ist bei versteckten Empfehlungen das Merkmal des Ratschlages nicht ohne weiteres erkennbar, weil die Erklärung an die Empfehlungsempfänger auf das bloße Mitteilen eines Preises beschränkt ist. Wenn aber z.B. der mitgeteilte Preis höher ist als der Preis, den die Empfehlungsempfänger bisher für dieselbe Ware gefordert haben, so ergibt ein Vergleich dieser beiden Preise, daß der Berater die Übernahme des mitgeteilten höheren Preises für zweckmäßig hält. Der Ratschlag muß also aus einem Vergleich mit Umständen entnommen werden, die außerhalb der Preismitteilung liegen. Ansatzpunkte sind dabei der möglicherweise niedrigere Preis, der bisher von den Empfehlungsempfängern für dieselbe Ware genommen wurde, sowie evtl. besonders enge Beziehungen zwischen dem Empfehlenden und dem Empfehlungsempfängern.

Beiden Erscheinungsformen der Empfehlung ist also das Element des Ratschlages eigen, wenn auch bei versteckten Empfehlungen der Nachweis, daß eine bloße Preismitteilung

1) Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 4; Würdinger, WuW 58 S. 508 Mitte; a.A. Lieberknecht, MA 58 S. 243 (l. Sp. Mitte), der meint, der Wille zur Beeinflussung sei schon jedem Ratschlag immanent; ähnlich Hoth, WRP 58 S. 293.

zugleich den Charakter eines Ratschlages hat, sicher schwieriger ist als bei offenen Empfehlungen.

Enthält eine Preismitteilung zugleich einen bestimmten Ratschlag, so ist weiter zu prüfen, ob der Erklärende über die Raterteilung hinaus die Erklärungsempfänger beeinflussen wollte, den mitgeteilten Preis zu übernehmen.

III. Der Beeinflussungswille.

Das dritte und wichtigste Merkmal der Empfehlung ist der Wille des Empfehlenden zur Einflußnahme auf das Verhalten der Empfehlungsempfänger im Wettbewerb. In der Definition der Empfehlung, die der BGH im Kohlenplatzhandelsbeschluß gegeben hat¹⁾, kommt der Beeinflussungswille in den Worten zum Ausdruck " ... und es ihm deshalb anrät ...".

Zur Unterscheidung der Empfehlung von einem Ratschlag oder einer Meinungsäußerung hat der BGH in demselben Beschluß den Beeinflussungswillen in die Formel gefaßt²⁾: "Der Empfehlung ... wohnt wesentlich das Bestreben inne, den Willen desjenigen, an den sie gerichtet ist, in bestimmtem Sinne zu beeinflussen"³⁾. Diese für die Empfehlung typische Willensrichtung des Empfehlenden ist dasjenige Element, durch das eine Preismitteilung erst zu einer Preisempfehlung wird. Das erste und zweite Wesensmerkmal der Empfehlung, die Mitteilung und der Ratschlag, gehören zwar auch zu den begriffsnotwendigen Voraussetzungen einer echten

1) BGH, WuW 60 S. 348 (I. 1. Abs. 1): "Eine Erklärung, durch die jemand etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt."

2) BGH, WuW 60 S. 348 (I. 1. Abs. 2).

3) Zustimmend Benisch, WuW 60 S. 355 oben, DB S. 790 (1. Sp. unten und r. Sp. oben); Krahe, WuW 60 S. 480; Bunting, BB 60 S. 384; Deringer, BB 60 S. 343; v. Beringe, DB 60 S. 290; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 60; Giefers, S. 41; Langen, § 38 Anm. B V 1 (S. 291 unten); Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 4; Mees, S. 87 Mitte; Hengstenberg, WuW 58 S. 442; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftscommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 19.

Empfehlung, ihrer Natur nach enthalten sie aber nicht den Willen zur Einflußnahme auf die Preisgestaltung der Empfehlungsempfänger. Der Zweck eines Ratschlages besteht in einer besseren Information und dem Aufzeigen einer Lösungsmöglichkeit, die Empfehlung dient darüber hinaus dazu, die Entscheidung der Empfehlungsempfänger im Sinne der aufgezeigten Lösungsmöglichkeit zu beeinflussen. Mit Hilfe des Empfehlungswillens lassen sich daher die Meinungsäußerungen von solchen Erklärungen trennen, die äußerlich auch als Meinungsäußerung, Werturteil oder Ratsschlag in Erscheinung treten, die aber in Wahrheit echte wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen sind (versteckte Empfehlungen). Das Ziel des Willens des Empfehlenden ist es, in der Weise auf jeden einzelnen Empfehlungsempfänger einzuwirken, daß dieser bei seinem Verhalten im Wettbewerb den ihm vom Empfehlenden vorgeschlagenen Preis berücksichtigt. Der Empfehlungsempfänger kann den mitgeteilten Preis also einmal einfach übernehmen, zum anderen genügt es, daß er ihn seiner Preisgestaltung zugrunde legt. Denn auch dann kann es durch den Einfluß der Empfehlung immer noch zu einem angenäherten gleichförmigen Verhalten der Empfehlungsempfänger kommen, das wie ein Kartell wirkt, dem Kunden auf der Marktgegensseite keine Wahlmöglichkeiten mehr läßt und so den Marktmechanismus stört.

1.) Die Intensität des Empfehlungswillens und der Einflußnahme.

Da durch die Empfehlung im Gegensatz zum Kartellvertrag keine rechtliche Verpflichtung für die Empfehlungsempfänger zur Befolgung der Empfehlung erzeugt wird, bleibt den Empfehlungsempfängern letztlich die Freiheit der Entscheidung darüber, ob sie der Empfehlung folgen wollen oder nicht¹⁾. Eine kartellrechtliche Empfehlung ist immer rechtlich unverbindlich. Ob überhaupt oder evtl. wie weit die Entscheidungsfreiheit der Empfehlungsempfänger durch die Empfehlung tatsächlich oder sachlich eingeschränkt wird, hängt von der Stärke des Beeinflussungswillens und der entsprechenden Einflußnahme auf das Verhalten der Empfehlungsempfänger ab. Bei der Erteilung von Empfehlungen lassen sich je nach der Intensität des Empfehlungswillens drei verschiedene Formen der Beeinflussung unterscheiden. Dementsprechend ist der Begriff der Empfehlung in Schrifttum und Rechtsprechung verschieden bestimmt worden²⁾.

a) Die schwächste Form der Beeinflussung liegt dann vor, wenn der Empfehlende das Fordern eines bestimmten Preises zwar nicht mit klaren Worten anrät, seine Erklärung an die Empfehlungsempfänger aber so geschickt abfaßt, daß er sich der Erwartung hingeben kann, seine Erklärung werde durch sich selber wirken und die Empfehlungsempfänger zur Übernahme des mitgeteilten Preises veranlassen. Dieser Erscheinungsform der Empfehlung entspricht die sog. Theorie "der Empfehlung als Ausdruck der Erwartung"³⁾: Die Empfehlung ist "ein Hinweis, der in der Erwartung oder Hoffnung gegeben wird, daß der Empfänger der Empfehlung sich entsprechend der Empfehlung verhält."

1) BGH, WuW 60 S. 348 Mitte; Huber, S. 45.

2) Vgl. Huber, S. 45 unten.

3) Gnam, NJW 52 S. 133; vgl. Huber, S. 46.

b) Der Empfehlungswille und die Beeinflussung der Empfehlungsempfänger ist intensiver, wenn der Empfehlende die Übernahme des mitgeteilten Preises nicht nur als möglich hinstellt, sondern ausdrücklich anrät. Gemäß dieser Form der Beeinflussung ist die Empfehlung "als Akt der Willensbeeinflussung" definiert worden¹⁾. Dieser Begriffsbestimmung hat sich der BGH im Kohlenplatzhandelsbeschluß angeschlossen, indem er den Beeinflussungswillen durch die Worte umschrieben hat: "Der Empfehlung wohnt wesentlich das Bestreben inne, den Willen desjenigen, an den sie gerichtet ist, in bestimmtem Sinne zu beeinflussen".²⁾

c) Die dritte und stärkste Form der Beeinflussung der Empfehlungsempfänger durch eine Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2³⁾ ist dann gegeben, wenn der Empfehlende zur Durchsetzung seiner Empfehlung wirtschaftliche, gesellschaftliche oder sonstige Abhängigkeitsverhältnisse der Empfehlungsempfänger begründet oder ausnutzt ("tatsächliche Bindung"), die außerhalb der Empfehlungserklärung bestehen, etwa indem der Empfehlende zum Ausdruck bringt, die Solidarität aller Verbandsmitglieder mache die Übernahme des mitgeteilten Preises erforderlich. Dieser stärksten Form der Einflußnahme durch eine Empfehlung entspricht die Begriffsbestimmung der "Empfehlung als Akt der faktischen Wettbewerbsbindung"⁴⁾. Danach ist die sog. tatsächliche Bindung ein Wesensmerkmal der Empfehlung⁵⁾: "Empfehlung im Sinne des kartellrechtlichen Empfehlungsverbots ist eine von einem Einzelunternehmen, einem Kartell

1) Gleiß, BB 58 S. 431; Würdinger, WuW 58 S. 508; vgl. Huber, S. 46/47.

2) BGH, WuW 60 S. 348 Mitte; desgleichen die auf S. 29 Anm. 3 genannten Autoren.

3) Noch stärkere Maßnahmen der Einflußnahme werden durch die §§ 25, 26 (Diskriminierung und Boykott) erfaßt; vgl. Huber, S. 57; Kartte, WuW 61 S. 178; Loos, BB 58 S. 177.

4) Huber, S. 47.

5) Huber, S. 50, 36, 37, 47 - 49.

oder einem Unternehmensverband ausgehende, an ein oder mehrere Unternehmen gerichtete, einseitige, rechtlich unverbindliche Erklärung, durch die der Empfehlende das wirtschaftliche Verhalten des Empfehlungsempfängers im Wettbewerb in einer faktisch bindenden Weise bestimmt."

Der Beeinflussungswille ist in der Begriffsbestimmung der "Empfehlung als Ausdruck der Erwartung" (a) in den Worten enthalten: "... in der Erwartung ..., daß der Empfehlungsempfänger sich entsprechend der Empfehlung verhält" oder "... die Erklärung werde durch sich selber wirken." ¹⁾ Der Beeinflussungswille ist demnach ein Merkmal sowohl der Theorie der "Empfehlung als Ausdruck der Erwartung" (a) als auch der Theorie der "Empfehlung als Akt der Willensbeeinflussung" (b). Ein Unterschied besteht nur in soweit, als nach der einen Theorie der Beeinflussungswille klar erkennbar ist (b), während er nach der anderen Theorie dem Sinn und Zweck der Erklärung und den sonstigen Umständen entnommen werden muß (a). Der Kreis von Empfehlungen, der durch die Theorie der "Empfehlung als Ausdruck der Erwartung" erfaßt wird, ist demnach identisch mit den Empfehlungen, die schon weiter oben als sog. versteckte Empfehlung charakterisiert worden sind. Die Häufigkeit der versteckten Empfehlungen im Gegensatz zur geringen Zahl offener Empfehlungen mag dabei die Begriffsbestimmung der "Empfehlung als Ausdruck der Erwartung" veranlaßt haben. Ein grundsätzlicher Unterschied besteht daher nicht

1) Vgl. Huber, S. 46.

zwischen den Definitionen der Empfehlung "als Ausdruck der Erwartung" und "als Akt der Willensbeeinflussung"¹⁾.

Vergleicht man die Theorie der "Empfehlung als Akt der Willensbeeinflussung" (b) mit der Theorie der "Empfehlung als Akt der faktischen Wettbewerbsbindung" (c), so ist festzustellen, daß der Beeinflussungswille ein wesentliches Element beider Definitionen ist²⁾. Sie unterscheiden sich jedoch dadurch, daß nach der Begriffsbestimmung der "Empfehlung als Akt der faktischen Wettbewerbsbindung" das vierte und entscheidende Wesensmerkmal der Empfehlung die sog. tatsächliche Bindung ist³⁾.

Durch dieses zusätzliche Merkmal wird der Begriff der Empfehlung erheblich eingeschränkt. Im Gesetzestext des § 38 Abs. 2 Satz 2 ist die tatsächliche Bindung nicht erwähnt⁴⁾. Was darunter zu verstehen ist, ist daher zunächst an einem Beispiel zu veranschaulichen:

-
- 1) Vgl. dazu die Ausführung des OLG Hamburg, WuW 60 S. 66 (IV), und des BGH, WuW 60 S. 348 (I 1), im Kohlenplatzhandelsfall. Daß das OLG Hamburg von Gnam, NJW 52 S. 133, ausgeht (also nach Hubers Meinung von der ersten Theorie), ist durch den BGH nicht beanstandet worden. Der BGH hat dem OLG Hamburg vielmehr bestätigt, daß es den Begriff der Empfehlung rechtsfehlerfrei bestimmt habe, WuW 60 S. 350 (III 1). Zusätzlich hat der BGH noch den Willen zur Einflußnahme besonders herausgearbeitet, indem er die Formel prägte: "Der Empfehlung wohnt wesentlich das Bestreben inne, den Willen desjenigen, an den sie gerichtet ist, in bestimmtem Sinne zu beeinflussen". Demnach scheint auch der BGH die Unterscheidung zwischen der ersten und zweiten Theorie, wie sie von Huber vorgenommen ist, für nicht erforderlich zu halten.
 - 2) Huber, S. 54.
 - 3) Huber, S. 50, 47 ff.
 - 4) Vgl. jedoch § 38 Abs. 2 S. 3 Ziff. 2 "... und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird", ferner "wirtschaftlich bindet" in § 16; dazu Huber, S. 102 ff.

Eine tatsächliche Bindung kann durch ein wirtschaftliches, gesellschaftliches oder sonstiges Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Empfehlenden und dem Empfehlungsempfänger begründet sein¹⁾. So kann z.B. ein gesellschaftlicher Druck dadurch ausgeübt werden, daß den Fachhändlern eines Verbandes vom Verbandsgeschäftsführer erklärt wird, die Solidarität aller Fachhändler erfordere es, daß jeder für eine bestimmte Ware 0,50 DM mehr von seinen Kunden fordere. Der Geschäftsführer kann ferner darauf hinweisen, "ein feiner Mann" beachte das, was der Verband der Fachhändler für richtig halte²⁾.

An diesem Beispiel zeigt sich, daß die bei einem Kartell vorhandene zivilrechtliche Durchsetzbarkeit der Verpflichtung aus dem Kartellvertrag bei der Empfehlung durch eine tatsächliche Bindung ersetzt sein kann. Allerdings ist die Sicherheit dieser nur tatsächlichen Durchsetzungsmöglichkeit geringer als die zivilrechtliche Klagemöglichkeit bei einem rechtswirksam abgeschlossenen Kartell.

Ob in einem Verband eine tatsächliche Bindung vorhanden ist oder nicht, hängt im übrigen von der im Einzelfall durch

1) Huber, S. 56. Bei der horizontalen Preisempfehlung ist nur auf das Verhältnis zwischen dem Empfehlenden und den Empfehlungsempfängern abzustellen. Bei der vertikalen Preisempfehlung wäre es möglich, auch das Verhältnis zwischen dem Empfehlungsempfänger und dem Kunden im Hinblick auf eine faktische Bindung zu betrachten. Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 56; Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 22.

2) Zur weiteren Erläuterung vgl. die Darstellung aller systematisch möglichen Fälle tatsächlicher Bindungen bei Benisch, WuW 59 S. 8. - Der Verfasser dieser Arbeit hat auch schon die folgende Bemerkung eines Verbandsmitgliedes über ein anderes, das nicht die Solidarität aller Mitglieder im Preiswettbewerb beachtete, gehört: "Das ist ein Lump, den grüßen wir nicht mehr".

Empfehlung zu regelnden Frage ab, ferner von der Mitgliederzahl des Verbandes, von dem Verhältnis der Verbandsmitglieder untereinander, der räumlichen Ausdehnung des Verbandsbezirkes und nicht zuletzt auch von der allgemeinen konjunkturellen und wirtschaftlichen Lage. Die tatsächliche Bindung wird daher meist in kleineren Verbänden mit einer geringen Mitgliederzahl stärker sein als in sehr großen Verbänden, in denen die Mitglieder sich nur z.T. oder überhaupt nicht persönlich kennen, so daß es letztlich an einer tatsächlichen Bindung ganz fehlen kann¹⁾.

Huber begründet seine Meinung, die tatsächliche Bindung sei ein Wesensmerkmal der Empfehlung, damit, daß § 38 Abs. 2 Satz 2 nur dann mit Art. 5 GG vereinbar sei, wenn es sich um eine Empfehlung handle, die mit einer tatsächlich bindenden Kraft ausgestattet sei²⁾. Seiner Ansicht nach ist der weite Empfehlungsbegriff der Theorie der "Empfehlung als Akt der Willensbeeinflussung" verfassungswidrig. Sollte aber dennoch dieser weitere Empfehlungsbegriff mit Art. 5 GG vereinbar sein, so wäre damit Hubers Meinung von der Unverzichtbarkeit auf die tatsächliche Bindung widerlegt. Es ist deshalb zuerst zu prüfen, ob der Empfehlungsbegriff nach der Theorie der "Empfehlung als Akt der Willensbeeinflussung" mit dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung vereinbar ist.

1) Vgl. von Katzler, WuW 52 S. 342.

2) Huber, S. 23 ff. (35 ff.).

2.) Das Verhältnis des § 38 Abs. 2 Satz 2 zu Art. 5 GG.

Die Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit des § 38 Abs. 2 Satz 2 braucht nicht auch auf das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in wirtschaftlichen Angelegenheiten ausgedehnt zu werden; denn falls § 38 Abs. 2 Satz 2 mit Art. 5 GG vereinbar ist, verstößt der Umgehungstatbestand auch nicht gegen die "verfassungsmäßige Ordnung" im Sinne des Art. 2 Abs. 1¹⁾. § 38 Abs. 2 Satz 2 ist dann als "allgemeines Gesetz" i. S. d. Art. 5 GG Bestandteil der "verfassungsmäßigen Ordnung". Es genügt daher hier, das verfassungsrechtliche Hauptproblem, die Frage der Vereinbarkeit von § 38 Abs. 2 Satz 2 mit Art. 5 GG zu untersuchen.

Jede Empfehlung zu einem bestimmten wirtschaftlichen Verhalten ist eine Meinungsäußerung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG. Zum Schutzbereich des Grundrechts der Meinungsfreiheit gehören neben der Empfehlung in wirtschaftlichen Angelegenheiten vor allem Tatsachenmitteilungen, Schlußfolgerungen und Ratschläge. Diese sind jeweils für sich wieder eine Gruppenbezeichnung für die so vielfältigen Möglichkeiten der freien Meinungsäußerung²⁾. Durch Art. 5 GG ist nicht nur die Äußerung der Meinung geschützt, sondern auch deren Wirkung auf die Zuhörer oder Leser³⁾. Die Meinungsfreiheit findet aber in den Vorschriften "der allgemeinen Gesetze" ihre Schranken.

1) Huber, S. 23 Anm. 3.

2) Huber, S. 23 ff., 28/29, 39 ff.; vgl. Hoth, WRP 59 S. 205.

3) BVerf.GE 7, 198 (210), .

Die Frage, welches Gesetz ein "allgemeines Gesetz" im Sinne des Art. 5 GG ist, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁾ und des Bundesgerichtshofes²⁾ mit Hilfe des Güterabwägungsprinzips unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles zu entscheiden. Das Recht auf freie Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn ein durch ein anderes Gesetz geschütztes Rechtsgut von höherem Rang durch die Betätigung des Rechts auf Meinungsfreiheit verletzt werden würde³⁾.

Danach sind hier abzuwägen das Recht auf Erteilung von Empfehlungen als Sonderfall des Rechts auf freie Meinungsäußerung in wirtschaftlichen Angelegenheiten gegen das geschützte Rechtsgut des § 38 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 1. In diesen beiden zentralen Vorschriften des GWB ist der allgemeine Schutzzweck dieses Gesetzes konkretisiert worden. Worin das Schutzobjekt des GWB besteht, ist aber noch streitig.

1) BVerf.GE 7, 198, 209 - 211; 6, 32.

2) BGH, NJW 64 S. 29, 30/31.

3) Vgl. v. Mangoldt/Klein, S. 250, 251; Huber, S. 33 ff.; Benisch, WuW 60, S. 359 (Anm. 23) mit weiteren Nachweisen.

a) Zum Schutzobjekt des GWB.

Einige Autoren sehen ganz allgemein die wirtschaftliche Handlungsfreiheit als Schutzobjekt des GWB an¹⁾, andere den Markt als Institution²⁾, und nach einer dritten Meinung ist es Sinn und Zweck des GWB, den Markt als Institution und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit zu schützen³⁾. Im Rahmen der ersten und der zweiten Theorie ist noch weiter zu unterscheiden, ob der Schutzbereich sich nur auf die wettbewerbliche Entscheidungsfreiheit der Wettbewerber (Empfehlungsempfänger) auf einer Marktseite erstreckt⁴⁾ oder auch die jeweilige Marktgegenseite mit zu berücksichtigen ist⁵⁾⁶⁾.

-
- 1) Für Individualschutz Krahe, WuW 60 S. 483; Lukes, S. 302; Günther, BB 57 S. 721, WuW 60 S. 749; Biedenkopf in Biedenkopf-Callmann-Dehringer, S. 11 ff; OLG Nürnberg, BB 56 S. 60; Weinsziehr, MA 58 S. 529; BWV in einem Brief vom 9.6.1950 (nach Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 22). Zur Notwendigkeit der Erhaltung der wirtschaftlichen Freiheit jedes einzelnen Menschen nicht nur aus wettbewerbsrechtlichen, sondern auch aus sozialpolitischen Erwägungen im Hinblick auf die Auseinandersetzung zwischen Ost und West, vgl. Vogel in der FAZ v. 4.3.1961.
 - 2) Benisch, WuW 60 S. 843; DB 60 S. 1176 ff; Würdinger, WuW 60 S. 313, WuW 53 S. 730, "Freiheit der persönlichen Entfaltung" (1953) S. 16; Günther, Relevanter Markt, S. 17; Dörinkel, WuW 60 S. 593; Ewald, WuW 56 S. 257; Ballerstedt, JZ 56 S. 271; BGH, WuW 54 S. 452; Amtliche Begründung zum Regierungsentwurf des GWB, A I und IV; Bericht des Ausschusses des Bundestages, Generalbericht C II; Strickrodt, WuW 57 S. 81; Rasch, § 35 Anm. 2; ferner Benisch, WuW 61 S. 765.
 - 3) Brugger, WuW 59 S. 470; Koenigs, NJW 61 S. 1041; Baumbach/Hefermehl, § 1 Anm. 66.
 - 4) Benisch, DB 60 S. 1177 (Anm. 16): "Der Schutz des Marktmechanismus gegen Wettbewerbsbeschränkungen reicht in § 1 wie in § 15 nur soweit, wie die an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten sich in ihrer wettbewerblichen Entscheidungsfreiheit einengen"; derselbe WuW 60 S. 357, 358.
 - 5) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 68/69.
 - 6) Als weitere Einzelmeinungen sind zu erwähnen: Strickrodt, Kritische Bestimmung, S. 38, das Schutzobjekt des § 1 ist "vor allem das Vertrauen der Marktteilnehmer in das Bestehen der von den beteiligten Unternehmen durch die Art ihres Auftretens vorgegebenen Selbständigkeit ihres Vorgehens". Das geschützte Rechtsgut des § 38 Abs. 2 Satz 2 ist nach Langen, § 38 Anm. B VII 1 (S. 298 Mitte), die "Gesetzestreue".

Hier ist der Meinung zu folgen, nach der der Markt als Institution das Schutzzobjekt des GWB ist; denn das Funktionieren des Marktmechanismus setzt begrifflich die wirtschaftliche Handlungsfreiheit beider Marktseiten voraus, nicht nur die der Empfehlungsempfänger.

Das Funktionieren des Marktmechanismus und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit beider Marktseiten sind wesentliche Strukturelemente der Marktwirtschaft, die in jedem Fall einander bedingen und voneinander abhängig sind: Der Marktmechanismus kann nicht richtig funktionieren, ohne daß beide Marktseiten ihre volle wirtschaftliche Handlungsfreiheit besitzen. Geht man andererseits von einem Vorhandensein der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beider Marktseiten aus und stellt nicht auf den Marktmechanismus ab, so funktioniert dieser dennoch. Stellt man allein auf die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Anbieterseite ab, so kann trotzdem der Marktmechanismus, z. B. durch Kartelle, gestört sein und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Nachfrager fehlen. (Das ist der historische Ansatzpunkt der Kartellgesetzgebung). Nützen die Nachfrager ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit aus eigenem Entschluß nicht aus und verhalten sich gleichförmig, so funktioniert der Marktmechanismus gleichfalls nicht, und die Anbieter verlieren auf Grund der tatsächlichen Sachlage ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit. (Das ist das z. Zt. so aktuelle Problem der Nachfragemacht).

Fikentscher stellt fest: "Ob man den System- oder den Individualschutz als das Primäre bezeichnet, ist Geschmackssache". Er geht dabei jedoch - was hervorzuheben

ist - von der Voraussetzung aus, daß der Gesetzgeber die Entschließungsfreiheit der Unternehmer und der Verbraucher schützen wollte¹⁾. Aber auch wenn man die Entschließungsfreiheit beider Marktseiten nicht ausdrücklich betont, sondern allein auf den Markt als Institution abstellt, ist ein ausreichender Schutz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gewährleistet. Denn das Funktionieren des Marktmechanismus als Steuerungsmittel der freien sozialen Marktwirtschaft ist das zentrale Prinzip, daß die wirtschaftliche Handlungsfreiheit beider Marktseiten begriff-

-
- 1) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 69 Anm. 64 und S. 68 unten; ferner Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 79, der bemerkt, es handele sich um eine Kollision der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer beider Marktseiten. In dem Sinne auch Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 82; Mees, S. 63 Mitte und 68. Daß die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktgegenseite nicht unberücksichtigt bleiben darf, hat auch der BGH im Kohlenplatzhandelsbeschuß, WuW 60 S. 350, herausgestellt, indem er die Entscheidung davon abhängig machte, daß die Hamburger Kohlenendverbraucher "ohne Schwierigkeiten ihren Bedarf bei solchen Händlern decken konnten, die der Empfehlung keine Folge leisteten". Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktgegenseite ist weiter eine Grundvoraussetzung der Definition der materiellen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Borchardt/Fikentscher, S. 29, wenn sie auf die Beschränkung der dem Kunden offenstehenden Alternativen abstellt. Brugger, WuW 59 S. 470, stellt fest: "die wirtschaftliche Freiheitsgarantie und der Wettbewerb als Instrument der sozialen Marktwirtschaft stehen in einer Wechselbeziehung, die als soziales Zuordnungsverhältnis bezeichnet werden kann... Für die Anwendung und Auslegung des GWB bildet die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG den persönlichen, die Erhaltung des wirtschaftlichen Wettbewerbs als Institution den sachlichen Ansatzpunkt". BKA, WuW 60 S. 366 unten (Doppelsteckerempfehlung): "Das Verbot des § 1 schützt den Wettbewerb im Interesse der wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten des einzelnen, um so den größten Nutzen für die Gesamtwirtschaft einschließlich des Verbrauchers zu erzielen". Vgl. Günther, WuW 60 S. 754 (Mitte des letzten Absatz); Henkel, S. 27.

lich einschließt. Der Marktmechanismus wird funktionsunfähig, wenn die Marktteilnehmer einer Marktseite sich gleichförmig verhalten. Jedoch ist das gleichförmige Verhalten nicht schlechthin verboten, sondern nur soweit es z.B. gemäß § 1 durch einen Kartellvertrag oder gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 durch eine Empfehlung hervorgerufen wird. Beruht das gleichförmige Verhalten auf einer bloßen Meinungsäußerung oder auf einer Preisführerschaft, dann wird es weder von § 1 noch vom Umgehungstatbestand erfaßt. Zwischen den Anwendungsbereichen des § 1 und des § 38 Abs. 2 Satz 2 besteht aber insofern ein Unterschied, als es bei § 1 nicht erst zu einem rechtlich gebundenen gleichförmigen Verhalten zu kommen braucht, weil Kartellverträge schon im Zeitpunkt ihres Abschlusses unwirksam sind, § 1, während Empfehlungen im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 nur dann verboten sind, wenn sie zu einer Umgehung durch gleichförmiges Verhalten geführt haben. Daraus folgt, daß der Marktmechanismus durch § 38 Abs. 2 Satz 2 nur insoweit geschützt ist, als eine Empfehlung eine Umgehung durch gleichförmiges Verhalten bewirkt hat (Umgehungserfolg). Mit dieser Einschränkung ist also das Funktionieren des Marktmechanismus das geschützte Rechtsgut des Umgehungstatbestandes.

b) Rechtsgüterabwägung.

Um festzustellen, ob § 38 Abs. 2 Satz 2 ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 GG ist, ist zu prüfen, ob das Funktionieren des Marktmechanismus den Vorrang hat vor dem Recht auf Erteilung von Empfehlungen als Sonderfall des Rechts auf freie Meinungsäußerung in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Das Grundrecht des Art. 5 GG wird nur in einem kleinen Teilbereich eingeschränkt, wenn man § 38 Abs. 2 Satz 2 als

die höherwertige Norm ansieht; denn sonstige Meinungsäußerungen in wirtschaftlichen Angelegenheiten (ohne Empfehlungswillen) werden durch den Umgehungstatbestand nicht erfaßt, auch wenn sie zufällig zu einem gleichförmigen Verhalten der Erklärungsempfänger führen¹⁾. Außerdem gibt es eine Reihe legaler Möglichkeiten, um durch Kooperation die Wettbewerbsposition der Unternehmer zu verbessern. So enthält z. B. § 38 Abs. 2 Satz 3 für die sog. Mittelstandsempfehlung eine Ausnahme vom Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 Satz 2, gem. § 2 - 8 können Kartelle erlaubt werden, darunter auch Rationalisierungspreiskartelle, und schließlich ist auf die zahlreichen Formen unternehmerischer Zusammenarbeit hinzuweisen, die in der sog. Kooperationsfibel²⁾ dargestellt sind. Um Wettbewerbsvorteile zu erlangen, sind die Unternehmer also nicht notwendig auf Empfehlungen im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 angewiesen.

Würde man dem Recht auf Erteilung von kartellrechtlichen Empfehlungen allgemein den Vorrang geben, so wäre dadurch nur der relativ kleine Kreis von Unternehmern begünstigt, der sich der Empfehlung zu Wettbewerbszwecken bedient, während die erheblich größere Zahl der Empfehlungsempfänger durch das Befolgen der Empfehlung die eigene Handlungsfreiheit im Wettbewerbsgeschehen freiwillig aufgeben würde und außerdem die Kunden der Empfehlungsempfänger auf ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit insoweit praktisch verzichten müßten, als sie eine bestimmte Ware nur noch zu dem empfohlenen Einheitspreis erwerben könnten. Von dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage als dem Kriterium

1) Schon daran wird deutlich, daß § 38 Abs. 2 Satz 2 auch kein Sondergesetz gegen die Meinungsfreiheit im Sinne der sog. Sondergesetztheorie über den Begriff des allgemeinen Gesetzes in Art. 5 GG ist. Vgl. v. Mangoldt/Klein, S. 250 f.; Huber, S. 31, 37 f.

2) WuW 64 S. 35 ff.

der Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus könnte dann keine Rede mehr sein. Benachteiligt wäre die im Verhältnis zum kleineren Kreis der Empfehlenden sehr große Zahl der Kunden der Empfehlungsempfänger und damit auch die Allgemeinheit.

Diese Überlegungen sind an dem folgenden Beispiel noch einmal zu veranschaulichen:

Ein Verbandsgeschäftsführer erteilt den Mitgliedern seines Verbandes, in dem sämtliche Unternehmer für den Markt einer bestimmten Ware einschließlich ihrer Substitutionsgüter zusammengeschlossen sind, eine Preisempfehlung mit Beeinflussungswillen, aber ohne tatsächliche Bindung, z. B. ohne Hinweis auf die Solidarität aller Mitglieder. Die Empfehlungsempfänger befolgen diese Empfehlung aus freiem Entschluß; denn ihre wirtschaftliche Handlungsfähigkeit ist unstreitig nicht beschränkt¹⁾. Die Befolgung der Empfehlung führt zu einer gleichen Preisgestaltung und damit zu einem gleichförmigen Verhalten der Empfehlungsempfänger. Infolgedessen werden die Waren dieses Marktes alle zu demselben Preis angeboten. Die notwendige Folge ist, daß das freie Spiel von Angebot und Nachfrage auf dem Markt dieser bestimmten Ware nicht mehr funktioniert. Und die weitere notwendige Folge ist, daß die Endverbraucher auf der Marktgegenseite den - in einem krassen Fall - stark überhöhten Preis der Empfehlungsempfänger hinnehmen müssen. Die Endverbraucher haben also keine Alternativen mehr zur Befriedigung ihres Bedarfs, so daß ihnen die wirtschaftliche Handlungsfreiheit genommen worden ist. Letztere kann sich höchstens noch negativ in einem völligen Konsumverzicht hinsichtlich der bestimmten Ware und ihrer Substitu-

1) Sachlich vergleichbar ist diese Situation der Empfehlungsempfänger damit, daß vor dem Abschluß eines Kartellvertrages die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der späteren Kartellmitglieder auch noch nicht eingeschränkt ist; vom Augenblick des Abschlusses des Kartellvertrages an streben sie aber ein gleichförmiges Verhalten (bzw. abgestimmtes Verhalten z. B. bei Gebietsaufteilungen) für die Zukunft an.

tionsgüter äußern. Zum anderen werden durch die überhöhten gleichförmigen Preisforderungen der Empfehlungsempfänger die Interessen der Allgemeinheit berührt; denn einerseits kaufen die Endverbraucher teurer ein und andererseits wird der Wettbewerb unter den Empfehlungsempfängern, der ein anerkanntes Prinzip unserer freien sozialen Marktwirtschaft ist, ausgeschaltet. Beides hat zur Folge, daß der gesamtwirtschaftliche Nutzeffekt geringer ist, als wenn das freie Spiel von Angebot und Nachfrage auf dem Markt dieser speziellen Ware funktionieren würde.

Abschließend ist daher festzustellen, daß das Funktionieren des Marktmechanismus das höherwertige Rechtsgut im Vergleich zum Recht auf Erteilung kartellrechtlicher Empfehlungen als Sonderfall des Art. 5 GG ist, weil der Schutz des Marktes als Institution der gesamten Volkswirtschaft zum Vorteil gereicht, während den Unternehmern noch eine Reihe legaler Möglichkeiten verbleiben, um ihre Wettbewerbsposition durch Kooperation zu verbessern. § 38 Abs. 2 Satz 2 ist daher ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 GG¹⁾.

c) Kritik an Hubers Meinung.

Huber sieht § 38 Abs. 2 Satz 2 nur dann als ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 GG an, wenn es sich um eine Empfehlung handelt, die mit einer tatsächlich bindenden Kraft ausgestattet ist. Er hat seine Meinung mit Hilfe der Güterabwägungstheorie wie folgt begründet²⁾:

Vor dem Inkrafttreten des GWB sei streitig gewesen, ob die Wettbewerbsfreiheit den Vorrang vor der Vertrags-,

1) Im Ergebnis so auch BGH, WuW 60 S. 350; Giefers, S. 79 ff.

2) Huber, S. 23 ff. (35 ff.).

Vereinigungs- und Meinungsfreiheit habe. Mit der Schaffung des GWB habe sich der Gesetzgeber zum Vorrang der Wettbewerbsfreiheit bekannt. Gehe man von dieser Grundvoraussetzung aus, so stehe § 38 Abs. 2 Satz 2 insoweit mit Art. 5 GG in Übereinstimmung, als § 38 Abs. 2 Satz 2 dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit, d. h. also der wirtschaftlichen Willens-, Entschließungs- und Bewegungsfreiheit des Unternehmers, diene. Diese wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Unternehmers sei nur dann beschränkt, wenn sie durch ein wirtschaftliches, gesellschaftliches oder sonstiges Abhängigkeitsverhältnis eingeschränkt sei. Fehle die tatsächliche Bindung, so sei überhaupt kein Rechtsgut vorhanden, das zu schützen wäre, weil ja die Wettbewerbsfreiheit des Unternehmers, seine wirtschaftliche Handlungsfreiheit, nicht angetastet sei.

Wenn dagegen die Empfehlung eine tatsächliche Bindung habe, so sei die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Unternehmers eingeschränkt. Der Empfehlende habe dann seine Meinung zwar frei geäußert. Da indessen die Wettbewerbsfreiheit den Vorrang vor der Meinungsfreiheit habe, sei es richtig, im Falle der tatsächlichen Bindung Art. 5 GG durch das allgemeine Gesetz des § 38 Abs. 2 Satz 2 einzuschränken. Daraus ergebe sich, daß der Umgehungstatbestand nur im Falle einer tatsächlich bindenden Empfehlung mit Art. 5 GG vereinbar sei.

Indem Huber allein auf die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger abstellt, vertritt er eine Theorie zum Schutzobjekt des GWB, nach der im Vergleich zu den anderen Meinungen der Schutzbereich am engsten ist. Denn er berücksichtigt nicht das Funktionieren des Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage¹⁾, ferner nicht die

1) So auch Giefers, S. 80 unten.

Interessen der Marktgegenseite auf Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Warenangeboten und damit schließlich nicht die Interessen der Allgemeinheit, die sich auf Erzielung eines größtmöglichen gesamtwirtschaftlichen Nutzeffekts richten.

Huber kann zwar zu seinen Gunsten anführen, daß der Gesetzgeber primär nur die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Wettbewerber, der Kartellmitglieder oder Empfehlungsempfänger in Betracht gezogen hat¹⁾, nicht aber auch unmittelbar die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Endverbraucher²⁾, der Kunden auf der Marktgegenseite. Indessen geht schon aus der Formulierung des § 1 "Beeinflussung der Marktverhältnisse" begriffsnotwendig hervor, daß die Marktgegenseite nicht unberücksichtigt bleiben

-
- 1) Vgl. z. B. die allgemeinen historischen Betrachtungen bei Sölter, Nachfragemacht, S. 37 ("Die theoretische Durchdringung der modernen Marktprobleme verharrete jedoch weiterhin auf der Angebotsseite".) und S. 38. Auch der BGH hat im "4711-Fall", BGHZ 28 S. 208 (217/218), allein auf die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger abgestellt. Da in diesem Fall jedoch sowieso eine tatsächliche Bindung zwischen dem vertikal Empfehlenden und dessen Empfehlungsempfängern vorlag, war es nicht nötig, auf die Problematik des Empfehlungsbegriffes und der Wettbewerbsbeschränkung einzugehen (vgl. S. 215), wie es für den BGH im Kohlenplatzhandelsfall erforderlich wurde, wo er als ordnungswidrig schon empfehlungsbeeinflusstes gleichförmiges Verhalten genügen ließ (ohne tatsächliche Bindung), BGH, WuW 60 S. 348 ff.
- 2) Siehe jedoch die Begründung zum Entwurf des GWB, BT-Drucksache Nr. 1158, 2. Wahlperiode, S. 22 (1. Sp.), wo auch auf die Freiheit der Konsumwahl und die Gefahr der Übervorteilung des Verbrauchers abgestellt ist.

darf¹⁾, weil der Begriff des Marktes beide Marktseiten umfaßt. Diese Forderung ergibt sich weiter aus dem Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG, zumal wenn die Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite nicht Endverbraucher, sondern Zwischenhändler sind.

Ferner ist gegen Huber anzuführen, daß z. B. die Mitglieder eines Kartells ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit durch den Abschluß des Kartellvertrages selbst aufgeben. Es wäre daher widersinnig, die Kartellmitglieder zusätzlich gegen die Selbstaufgabe ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit schützen zu wollen - zumal im Falle eines Mißbrauchs die Kartellbehörden gem. §§ 12, 13, 25, 26 eingreifen bzw. die Kartellmitglieder das Kartell kündigen können.

Ganz ähnlich ist im Empfehlungsrecht die wirtschaftliche Handlungsfreiheit nur der Empfehlungsempfänger nicht das allein entscheidende Kriterium, ob eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder nicht. Denn die Empfehlungsempfänger müssen nicht notwendig eine Empfehlung zur Umgehung des § 1 befolgen, tun sie es trotzdem, so können regelmäßig dieselben schädlichen Wirkungen eintreten wie bei einem Preiskartell.

1) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 68 unten: "ohne in eine weitgespannte Untersuchung über die Schutzziele des GWB eintreten zu können, darf an dieser Stelle gesagt werden, daß der Gesetzgeber mit dem Kartellgesetz die Entschlüßungsfreiheit der Unternehmer und der Verbraucher schützen wollte". Mees, S. 73 Mitte: "Wenn der Gesetzgeber die Wirtschaftsfreiheit einer Marktseite regelt, darf er die Wirtschaftsfreiheit der Gegenseite nicht aufheben oder auch nur antasten"; Henkel, S. 25 Mitte.

Gem. Art. 85 Abs. 3 EWG können Befreiungen vom Kartellverbot gewährt werden, wenn die Verbraucher angemessen am Gewinn beteiligt werden. Auch im englischen Kartellrecht wird der Verbraucher geschützt, vgl. Benisch, WuW 60 S. 634.

Hubers Begründung der tatsächlichen Bindung aus dem Gedanken der Vereinbarkeit des § 38 Abs. 2 Satz 2 mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit ist also zu einseitig¹⁾ auf den Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger abgestellt. Auch wenn man die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktgegenseite überhaupt nicht in Betracht zieht, kann doch durch eine Empfehlung (mit Beeinflussungswillen, aber ohne tatsächliche Bindung), die ein gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger zur Folge hat, der Marktmechanismus als Steuerungsmittel der Marktwirtschaft außer Kraft gesetzt werden. Berücksichtigt man darüber hinaus noch die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Marktgegenseite, so ist das ein weiterer Grund, die tatsächliche Bindung als Wesensmerkmal der Empfehlung abzulehnen²⁾.

1) Vgl. Gabriel, MA 60 S. 251 ff; Giefers, S. 82, stellt darüber hinaus zutreffend auf die Selbständigkeit der Willensbildung der Empfehlungsempfänger ab.

2) Giefers, S. 37 Mitte, weist außerdem auf den methodisch falschen Ansatzpunkt Hubers hin: "In der Begriffsbestimmung Hubers wird die Frage, ob und inwieweit die Empfehlung für einen bestimmten tatbestandlichen Erfolg ursächlich ist, mit der Frage vermischt, ob begrifflich eine Empfehlung vorliegt. Es werden die Tatbestandsmerkmale "daran mitwirkt" in § 38 Abs. 2 Satz 1 und "bewirkt" in § 38 Abs. 2 Satz 2 mit dem Tatbestandsmerkmal "Empfehlung" zusammengezogen."

d) Ergebnis.

Die tatsächliche Bindung läßt sich verfassungsrechtlich nicht als Wesensmerkmal der Empfehlung konstruieren¹⁾. Ob sie aus anderen Gründen ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 38 Abs. 2 Satz 2 ist; wird noch zu prüfen sein. § 38 Abs. 2 Satz 2 ist ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 GG. Der Umgehungstatbestand und das Grundrecht der freien Meinungsäußerung sind miteinander vereinbar. Das ist von besonderer Bedeutung nicht nur für Privatpersonen, die in wirtschaftlichen Angelegenheiten ihre Meinung äußern, sondern auch für Verbände, die durch ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter zu Fragen des Wettbewerbs Stellung nehmen; denn gem. Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind²⁾.

3.) Zu Hubers Begründung der tatsächlichen Bindung mit Hilfe von Sinn und Zweck des GWB.

Huber hat die tatsächliche Bindung ferner über Sinn und Zweck der GWB zu begründen versucht³⁾. Wie aus einem Vergleich mit den eben kritisch gewürdigten verfassungsrechtlichen Ausführungen Hubers ersichtlich ist, handelt es sich dabei um die Betrachtung derselben Fragen und Argumente, jedoch unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten, denen des verfassungsrechts und denen nach Sinn und Zweck des GWB. In beiden Fällen hat Huber immer einseitig darauf

1) Im Ergebnis so auch Hoth, WRP 59 S. 208 (r. Sp.).

2) Huber, S. 27.

3) Huber, S. 47 (c.) und 56.

abgestellt, daß die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger nur im Falle einer tatsächlichen Bindung beschränkt wird. Infolgedessen ist hier auf die obigen verfassungsrechtlichen Ausführungen zu verweisen¹⁾ und noch einmal zu wiederholen, daß Sinn und Zweck des GWB der Schutz des Marktes als Institution ist, und daß der Marktmechanismus bereits durch das Befolgen einer Empfehlung ohne tatsächliche Bindung blockiert wird, weil die Marktgegenseite nicht mehr zwischen verschiedenen Angeboten wählen kann. Die tatsächliche Bindung kann daher auch nicht mit Hilfe von Sinn und Zweck des GWB als Wesensmerkmal der Empfehlung begründet werden.

4.) Hubers sonstige Gründe für die tatsächliche Bindung.

Schon vor dem Erscheinen von Hubers Schrift "Das Empfehlungsverbot" ist die Meinung vertreten worden, die Fassung des § 38 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3²⁾ spreche gegen die tatsächliche Bindung als Wesensmerkmal der Empfehlung. Da der Gesetzgeber nichts darüber gesagt hat, daß den drei Sätzen des § 38 Abs. 2 evtl. verschiedene Empfehlungsbegriffe zugrunde liegen, hat man Rückschlüsse von Satz 1 und Satz 3 auf den zweiten Satz gezogen³⁾.

1) Zum Sinn und Zweck des GWB, insbesondere des § 38 Abs. 2 Satz 2, siehe S. 42.

2) Der Begriff der Empfehlung kommt ferner in den §§ 99 und 104 vor, doch sind diese Vorschriften ihrem Wesen nach Bereichsausnahmen und ohne Bedeutung für die Auslegung des Empfehlungsbegriffs in § 38 Abs. 2.

3) Benisch, BB 57 S. 789, meint jedoch, aus § 38 Abs. 2 Satz 3 dürften hinsichtlich der tatsächlichen Bindung keine unmittelbaren Schlußfolgerungen gezogen werden; Müller-Gries, § 38 Anm. 26; a. A. Langen, § 38 Anm. B VII 1 (S. 296/297).

a) § 38 Abs. 2 Satz 1.

Seydel¹⁾ hat geltend gemacht, gem. § 38 Abs. 2 Satz 1 müsse unter einer Empfehlung die Anstiftung zu einer Ordnungswidrigkeit verstanden werden. Zum Begriff der Anstiftung gehöre aber keinesfalls eine tatsächliche Bindung. Infolgedessen könne auch in Satz 2 nicht von einer Empfehlung mit tatsächlicher Bindung ausgegangen werden.

Huber²⁾ meint demgegenüber, Seydel gehe von einem falschen Obersatz aus. Einmal sei die Anstiftung im allgemein-strafrechtlichen Sinne schon durch § 10 OWiG unter Strafe gestellt, und zum anderen behandle § 38 Abs. 2 Satz 1 "nur die Empfehlung als eine qualifizierte Form der Anstiftung, nämlich das Veranlassen einer Ordnungswidrigkeit, bei dem der Handelnde zu dem Veranlassenden in einem Verhältnis faktischer Bindung" stehe.

Dazu ist zu bemerken, daß sich aus einer systematisch verschiedenen Einordnung des § 38 Abs. 2 Satz 1 durch Huber noch nichts aussagen läßt über die Frage der tatsächlichen Bindung als Wesensmerkmal der Empfehlung. Es handelt sich dabei nur um rechtsdogmatische Unterscheidungen im Sinne der Teilnahmelehre des Allgemeinen Teils des StGB. Im übrigen ist aber Giefers³⁾ zuzustimmen, der darauf hinweist, Huber habe die Frage, ob und inwieweit die Empfehlung für einen bestimmten tatbestandlichen Erfolg ursächlich sei, mit der Frage vermischt, ob begrifflich eine Empfehlung vorliege; er habe die Tatbestandsmerkmale des § 38 Abs. 2 Satz 1 ("daran mitwirkt") und des § 38 Abs. 2 Satz 2 ("bewirkt") mit dem Tatbestandsmerkmal "Empfehlung" in unzulässiger Weise zusammengezogen.

1) Seydel, WRP 57 S. 254 (r. Sp.).

2) Huber, S. 58 oben.

3) Giefers, S. 37 Mitte; in dem Sinne auch BGH, WuW 60 S. 348 (I 1 Abs. 3).

b) § 38 Abs. 2 Satz 3.

Gemäß § 38 Abs. 2 Satz 3 sind sogenannte Mittelstandsempfehlungen zulässig, wenn u. a. "2. die Empfehlungen ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind und zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird". Huber ist der Meinung¹⁾, aus dieser Gesetzesstelle könne nichts gegen die tatsächliche Bindung als Wesensmerkmal der Empfehlung abgeleitet werden; denn durch die Worte "ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet" habe der Gesetzgeber nur noch einmal die rechtliche Unverbindlichkeit der Empfehlung hervorgehoben. Das Wesen der tatsächlichen Bindung bestehe aber gerade darin, daß es in der Regel der Anwendung eines "wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder sonstigen Drucks" zur Durchsetzung der Empfehlung überhaupt nicht bedürfe, um eine faktische Bindung hervorzurufen.

Diese Gründe treffen einerseits zu; denn es ist aus dem systematischen Zusammenhang dieser beiden Formeln der Ziff. 2 des Satz 3 zu ersehen, daß der Gesetzgeber unter "ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet" nur die rechtliche Unverbindlichkeit²⁾ verstanden wissen wollte, insbesondere auch im Hinblick auf die Preisbindung der zweiten Hand, § 15. Ferner ist es richtig, daß zumindest in einigen kleineren Verbänden das Solidaritätsgefühl der Verbandsmitglieder schon vorhanden ist, ehe noch eine Empfehlung abgegeben wird. Das entspricht dem Wesen der kleineren Verbände.

Andererseits ergibt sich aber gerade aus der Kombination der beiden Formeln "ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet" und "zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher,

1) Huber, S. 59.

2) Wenn auch die Empfehlung ihrem Wesen nach schon rechtlich unverbindlich ist, so ist in dieser ausdrücklichen Erwähnung doch eine Vorsichtsmaßnahme des Gesetzgebers zu erblicken.

gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird", daß der Gesetzgeber nur für solche Mittelstandsempfehlungen eine Ausnahme schaffen wollte, die weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Bindung erzeugen bzw. ausnutzen. Denn die Worte "zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird" sind eine gesetzliche Umschreibung dessen, was unter einer tatsächlichen Bindung zu verstehen ist. Huber selbst hat die tatsächliche Bindung mit wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger sozialer Abhängigkeit erklärt¹⁾. Eine solche Abhängigkeit ist zwar begrifflich noch keine Druckausübung, sie ist aber die sachliche Voraussetzung für die Anwendung von wirtschaftlichem, gesellschaftlichem oder sonstigem Druck. Erst indem der Empfehlende bei der Erteilung der Empfehlung auf das Abhängigkeitsverhältnis hinweist (z. B. Solidarität), übt er Druck auf die Empfehlungsempfänger aus. (Vgl. auch den Wortlaut der Ziff. 2 des § 38 Abs. 2 Satz 3)²⁾. Die Kombination der beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Mittelstandsempfehlung in Ziff. 2 spricht also für den reinen Empfehlungsbegriff (ohne tatsächliche Bindung). Ferner hat Huber ausgeführt: "Die Empfehlung kann sich, um bindend zu wirken, also einerseits einer bereits vorhandenen Abhängigkeit des Empfehlungsempfängers vom Empfehlenden bedienen; sie kann andererseits eine Bindung

1) Huber, S. 56 Mitte.

2) Vgl. dazu auch Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 55: "Doch steht die Sanktion neben der Empfehlung und bildet weder ihr Wesen noch einen Teil davon", und S. 61. Zu der Auslegung der Formel "zu ihrer Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wird" vgl. auch die an § 25 orientierte Interpretation Henkels, S. 78 ff mit zahlreichen Zitaten, in der er auf den Begriff "Druck" abstellt und so zu erheblich anderen Ergebnissen gelangt.

neu zur Entstehung bringen, indem sie den Empfehlungsempfänger in Abhängigkeit von dem Empfehlenden versetzt¹⁾. Diese Ausführungen Hubers sind widersprüchlich. Denn wenn die tatsächliche Bindung ein Wesensmerkmal der Empfehlung sein soll, so kann sie sich nicht einer bereits vorhandenen Abhängigkeit bedienen, sondern muß die tatsächliche Bindung in sich haben, immer neu zur Entstehung bringen. Das ist eine begriffsnotwendige, sachliche Voraussetzung.

Aus § 38 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 ergibt sich folglich nichts dafür, daß die tatsächliche Bindung ein Wesensmerkmal der Empfehlung ist. Im Gegenteil: § 38 Abs. 2 Satz 3 läßt sich zur Begründung des Empfehlungsbegriffs ohne tatsächliche Bindung anführen, weil Mittelstandsempfehlungen nur zulässig sind, wenn es sich um eine Empfehlung ohne Ausnutzung eines wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder sonstigen Abhängigkeitsverhältnisses handelt.

5.) Die Ablehnung der tatsächlichen Bindung durch den BGH.

Der BGH hat sich im Kohlenplatzhandelsbeschluß auf den Standpunkt gestellt, die tatsächliche Bindung sei zwar eine mögliche Wirkung der Empfehlung, jedoch nicht deren Wesensmerkmal; der Gesetzgeber habe in den drei Sätzen des § 38 Abs. 2 vorausgesetzt, daß eine Empfehlung auch ohne Erfolg bleiben könne²⁾. Diesem Argument des BGH ist zuzustimmen. Daß nur erfolgreiche Empfehlungen tatbestandsmäßig im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 sein können, ergibt sich aus der Formulierung "bewirkt haben" am Ende des mittleren Satzes von § 38 Abs. 2 Satz 2.

1) Huber, S. 56 Mitte und S. 59.

2) BGH, WuW 60 S. 348 (I 1 Abs. 3); OLG Hamburg, WuW 60 S. 67 oben. Ablehnend auch Hoth, WRP 59 S. 103.

Die immer bestehende Möglichkeit der tatsächlichen Bindung einer Empfehlung und die Frage, ob sie ein Wesensmerkmal der Empfehlung ist, sind daher scharf zu trennen. Schon in der KartellNotVO von 1930 ist klar zwischen der Empfehlung und dem Druck unterschieden worden, der zur Befolgung der Empfehlung eingesetzt werden kann¹⁾.

IV. Ergebnis.

Die drei Wesensmerkmale der Empfehlung sind: 1. eine Mitteilung des Empfehlenden an die Empfehlungsempfänger, die enthält 2. einen Ratschlag und 3. den Willen des Empfehlenden zur Einflußnahme auf die Preisgestaltung der Empfehlungsempfänger. Dazu ist zu bemerken, daß der Ratschlag und der Beeinflussungswille entweder offen vorhanden sein oder sich aus den gesamten Umständen des Erklärungshintergrundes ergeben müssen. Die tatsächliche Bindung ist kein Wesensmerkmal der Empfehlung.

1) Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar, § 38 Anm. 18.

D. Abgrenzungskriterien zur Ermittlung des Beeinflussungswillens.

Nach der Definition der Preisempfehlung als eines mit Beeinflussungswillen ausgesprochenen Freisvorschlages können in der Praxis bei der Unterscheidung von bloßen Tatsachenmitteilungen und echten Empfehlungen erhebliche Schwierigkeiten auftreten, insbesondere wenn es sich um versteckte Empfehlungen handelt. Denn eine "innere Tatsache" wie der Beeinflussungswille ist aus sachlichen Gründen objektiv schwer feststellbar, da sie nicht, wie z. B. eine Tatsachenmitteilung, eine reale Erscheinung der Außenwelt ist, sondern sich nur von Fall zu Fall in der Welt der Tatsachen durch besondere Umstände manifestieren kann. Es ist deshalb nicht unbedenklich, das entscheidende Wesensmerkmal der Empfehlung in dem subjektiven Element des Empfehlungswillens zu sehen.

I. Gibt es objektive Abgrenzungsmerkmale?

Völpl¹⁾ hat an den Ausführungen des BGH im Kohlenplatzhandelsbeschuß kritisiert, der BGH habe die objektiven Merkmale des Empfehlungsbegriffes nicht klar herausgearbeitet und mit der Formel "der Empfehlung wohnt wesentlich das Bestreben inne ..." nicht den richtigen Ausdruck gefunden. Wie schon erwähnt, ergibt sich in der Tat durch das Abstellen auf das subjektive Element des Beeinflussungswillens eine erheblich größere Rechtsunsicherheit, als wenn das Wesen der Empfehlung allein mit Hilfe von objektiven Kriterien charakterisiert worden wäre. Völpl weist ferner darauf hin, daß es erforderlich ist, eine Unterscheidung zwischen echten Empfehlungen und bloßen Meinungsäußerungen nach objektiven Kriterien zu treffen, weil der Gesetzgeber im GWB, insbesondere in § 1, auch auf die ob-

1) Völpl, WRP 60 S. 116 ff; siehe auch Hoth, WRP 58 S. 293.

jektive Eignung der Kartellverträge zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung abgestellt habe.

Völps¹⁾ hat deswegen die folgende Begriffsbestimmung vorgeschlagen: "Preisempfehlungen sind Erklärungen, die objektiv geeignet sind, den Willen der Empfehlungsempfänger zu beeinflussen". Durch diese Formel wird jedoch der Bereich derjenigen Erklärungen, die als Empfehlung anzusehen wären, erheblich vergrößert. Der erfaßte Bereich ist zwar nicht uferlos, da bestimmte Preismitteilungen sich objektiv nicht zur Beeinflussung der Empfehlungsempfänger eignen, z. B. solche, die einen rein historischen Wert haben und keine Rückschlüsse auf das gegenwärtige Marktgeschehen erlauben. Das trifft aber nicht schon auf jede Marktstatistik zu; denn bei ihnen besteht in einzelnen Fällen die Möglichkeit, daß sie, z. B. im Rahmen einer Preis-meldestelle, mißbräuchlich zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen verwendet werden.

Wie groß der von Völps objektiver Formel erfaßte Bereich ist, zeigt sich ferner daran, daß z. B. auch die täglichen Kursnotierungen von den Aktien-, Getreide-, Schlachtvieh- und sonstigen Großmärkten geeignet sind, die Mitteilungsempfänger, die Zeitungsleser, zu beeinflussen²⁾. Bei derartigen Preismitteilungen besteht aber kein Zweifel darüber, daß sie nicht zu dem Zweck veröffentlicht werden, auf die Preisgestaltung einen bestimmten Einfluß auszuüben. Es handelt sich vielmehr um bloße Meinungsäußerungen bzw. unpersönliche und neutrale Informationen.

Folgte man der Formel Völps, so wäre auch schon jeder Rat eines Rechtsanwalts oder Wirtschaftsprüfers als Empfehlung anzusehen, weil derartige Ratschläge sehr wohl geeignet sind, den Willen der Mandanten zu beeinflussen.

1) Völps, WRP 60 S. 115 und 116 (5.).

2) Benisch, WuW 60 S. 355 (a.).

Jede Preismitteilung ist also für sich allein betrachtet objektiv geeignet, eine Preisempfehlung zu sein, so daß es nicht möglich ist, irgendwelche Arten von Preismitteilungen, die als Empfehlung generell ungeeignet sind, auszusondern¹⁾. Damit wird deutlich, daß die von Völps vorgeschlagene Definition, die nur den objektiven Teil des Empfehlungsbegriffs erfaßt, unpraktikabel ist, weil auch sie nicht die Beweisschwierigkeiten und die Rechtsunsicherheit beseitigt, die durch den Empfehlungswillen bzw. den Umgehungsvorsatz des Empfehlenden nun einmal vorhanden sind. Das erkennt Völps selbst auch und versucht daher, den großen Anwendungsbereich seines Empfehlungsbegriffs durch ein Merkmal einzuengen, das dem der tatsächlichen Bindung entspricht²⁾. Mit Völps objektiver Formel lassen sich also Unterscheidungen zwischen bloßen Meinungsäußerungen und echten Empfehlungen nicht mit der von ihm selbst geforderten Schärfe und Sicherheit treffen. Es ist deshalb nötig, andere Unterscheidungsmerkmale herauszuarbeiten.

II. Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens für die Empfehlungsempfänger

Der Empfänger einer Preisempfehlung wird sich in der Regel Gedanken über den Zweck der Mitteilung des Preises machen. Bei Empfehlungen mit tatsächlicher Bindung, z. B. mit Hinweis auf die Solidarität aller Verbandsmitglieder, ist für die Empfehlungsempfänger klar erkennbar, daß der Empfehlende sie zur Übernahme des empfohlenen Preises beeinflussen will.

Aber auch wenn es sich um eine versteckte Preisempfehlung in einem Verbandsrundsreiben handelt, wird der Empfehlungsempfänger erkennen, daß alle anderen Verbandsmitglieder eine gleichlautende Preismitteilung erhalten haben. Im Zusammenhang mit den sonstigen Umständen kann sich dem

1) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 55 oben; a. A. Huber, S. 39 bis 45.

2) Völps, WRP 60 S. 117 und WRP 58 S. 328 (1. Sp.); ablehnend Giefers, S. 37 unten.

Verbandsmitglied die Erkenntnis aufdrängen, daß der Verbandsgeschäftsführer den Preis nicht nur zu Informationszwecken mitgeteilt hat, sondern mit dem Willen zur Einflußnahme auf die Preisgestaltung aller Verbandsmitglieder. Es ist deshalb zu prüfen, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, daß der Empfehlungsempfänger den Beeinflussungswillen des Empfehlenden regelmäßig erkennen kann¹⁾. Wenn dieser Umstand keine materiell rechtliche Bedeutung haben sollte, könnte er als Indiz bei der Ermittlung des Beeinflussungswillens Verwendung finden.

Im Gesetzestext ist auf ein derartiges subjektives Element in der Person des Empfehlungsempfängers nicht abgestellt. Dort ist lediglich das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger als ein objektives Tatbestandsmerkmal normiert²⁾. Das gleichförmige Verhalten setzt allein die Kenntnisnahme des empfohlenen Preises und den Entschluß eines jeden Empfehlungsempfängers voraus, den übermittelten Preis in Zukunft zu verlangen. Das entspricht auch insofern dem Wesen der Empfehlung, als es dem Empfehlungsempfänger letztlich freisteht, der Empfehlung zu folgen oder sie unbeachtet zu lassen. Schon unter dieser Voraussetzung kann es zu einer Störung des Marktmechanismus kommen. Daß es auf das subjektive Element der Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens durch den Empfehlungsempfänger nicht ankommen kann, zeigt sich ferner daran, daß im Falle des Umgehungstatbestandes nur der Empfehlende eine Ordnungswidrigkeit begeht und der Gesetzgeber wegen der Schwierigkeiten und Unsicherheit in der Sach- und Beweislage das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger nicht zusätzlich als Ordnungswidrigkeit ansieht³⁾. Materiellrechtlich kommt es also nicht auf die Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens durch den Empfehlungsempfänger an - auch wenn dieser ihn tatsächlich nicht bemerkt

1) Vgl. Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 61 und 74; Huber, S. 54 oben; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar, § 38 Anm. 28.

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 16.

3) BGH, WuW 60 S. 349 Mitte.

hat -, sondern es genügt, daß der Empfehlungswille dem Täter auf Grund der abgegebenen Preismitteilung und des gesamten Erklärungshintergrundes nachgewiesen wird und die Empfehlungsempfänger sich objektiv gleichförmig verhalten haben. Das ergibt sich auch daraus, daß eine bloße Meinungsäußerung oder Tatsachenmitteilung nicht dadurch zu einer Empfehlung wird, daß ein Erklärungsempfänger sie fälschlich als echte Empfehlung angesehen hat¹⁾. Ein solcher Irrtum ist denkbar in einem kleineren Verband, zwischen dessen Mitgliedern enge wirtschaftliche, gesellschaftliche und sonstige Abhängigkeitsverhältnisse bestehen. Bei einer derartigen vorgegebenen Bindung tatsächlicher Art wird eine bloße Meinungsäußerung nicht zu einer Empfehlung, wenn es an dem Beeinflussungswillen fehlt. Die Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens für die Erklärungsempfänger ist demnach auch kein absolutes Kriterium zur Unterscheidung von echten Preisempfehlungen und sonstigen Meinungsäußerungen in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Wenn jedoch eine erhebliche Zahl von Erklärungsempfängern bekundet, ihrer Meinung nach sei die Preismitteilung mit Beeinflussungswillen erfolgt, so kann dadurch in Verbindung mit den sonstigen Umständen des Erklärungshintergrundes der Beweis für das Vorliegen des Empfehlungswillens zu sehen sein. Die Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens ist also nur einer der zahlreichen Umstände, die in ihrer Gesamtheit den Erklärungshintergrund bilden. Die anderen Strukturelemente des Erklärungshintergrundes einer horizontalen Preisempfehlung bedürfen noch einer besonderen Beschreibung.

III. Die Ermittlung des Beeinflussungswillens mit Hilfe des gesamten Erklärungshintergrundes.

In den bisherigen Ausführungen ist wiederholt darauf hingewiesen, daß in den Fällen versteckter Empfehlungen der

¹⁾ Siehe Benisch, WuW 60 S. 355 (b. Abs. 1).

Beeinflussungswille mit Hilfe des gesamten Erklärungshintergrundes nachgewiesen werden muß¹⁾. Die gesamten Tatumstände sind also daraufhin zu prüfen, ob sich der Beeinflussungswille in nach außen erkennbarer Weise betätigt hat. Dabei kann man entweder vom Standpunkt des Empfehlungsempfängers oder dem eines objektiven Beobachters aus vorgehen.

1) Subjektiver oder objektiver Ermittlungsmaßstab.

Benisch²⁾, der in dem Beeinflussungswillen auch das entscheidende Merkmal der Empfehlung sieht, geht in Analogie zur Auslegung zivilrechtlicher Willenserklärungen vom Standpunkt des Erklärungsempfängers aus: "Da bei der Deutung einer Erklärung die Auffassung dessen zu berücksichtigen ist, für den sie bestimmt ist, wird sich der Erklärende auch einen etwaigen Eindruck seiner Erklärung anrechnen lassen müssen, den diese voraussichtlich auf den Erklärungsempfänger verursacht. Ist sich der Erklärende bewusst, daß seine Äußerung vom Empfänger als Empfehlung aufgefaßt wird, muß er alles Erforderliche tun, um bei den Adressaten diesen Eindruck auszuräumen"³⁾.

Eine Anwendung dieses Maßstabs bei der Ermittlung des Beeinflussungswillens würde zwar in vielen Fällen schon zu brauchbaren Ergebnissen führen. Dieser Maßstab ist aber einmal deshalb nicht zu befürworten, weil er allein auf den Eindruck des Empfehlungsempfängers abstellt, der zwar nicht im strafrechtlichen Sinne, wohl aber sachlich an der Ordnungswidrigkeit des Empfehlenden beteiligt ist. Im Empfehlungsrecht besteht außerdem im Regelfall zwischen den Interessen des Erklärenden und des Erklärungsempfängers kein Unterschied, da beide ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten anstreben, während bei der Auslegung oder Anfechtung zivilrechtlicher

1) Baumbach-Herfermehl, § 38 Anm. 5; Krahe, WuW 60 S. 480/481; vgl. auch die nachfolgenden Zitate.

2) Benisch, WuW 60 S. 355 (7 b.).

3) So auch Giefers, S. 27 und 34; vgl. auch Gleiss, BB 58 S. 431 (r. Sp.).

Willenserklärungen einer Seite immer daran liegt, sich nicht an den objektiven Sinn der Willenserklärung halten zu lassen. Im Empfehlungsrecht sind ferner die Interessen der Allgemeinheit zu beachten. Sinn und Zweck des GWB ist es, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Auch in Fällen kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten ist genau wie im allgemeinen Strafrecht der Untersuchungsgrundsatz zu beachten. Infolgedessen ist die objektive Theorie anzuwenden, nach der es darauf ankommt, ob ein objektiver Beobachter unter Berücksichtigung des gesamten Erklärungshintergrundes den Eindruck haben mußte, daß der Erklärende mit Hilfe der Preismitteilung einen Einfluß auf die Preisgestaltung der Erklärungsempfänger ausüben wollte¹⁾.

2) Die einzelnen Unterscheidungsmerkmale.

Der Erklärungshintergrund einer versteckten horizontalen Preisempfehlung enthält eine Reihe von besonderen Umständen oder typischen Elementen, die die sachliche Voraussetzungen dafür bilden, daß durch eine Preismitteilung ein wettbewerbsbeschränkender Erfolg erzeugt werden kann, der dem einer ausdrücklichen Preisempfehlung gleichkommt. Diese objektiven Strukturelemente des Erklärungshintergrundes sind bei der Beschreibung des Wesens der horizontalen Preisempfehlung z. T. schon erwähnt worden oder ergeben sich aus den besonderen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen, die § 38 Abs. 2 S. 2 voraussetzt.

Unter dem Gesichtspunkt der Ermittlung des Beeinflussungswillens ermöglichen diese Strukturelemente eine Unterscheidung zwischen bloßen Meinungsäußerungen und echten

1) Im übrigen ist auf die drei Theorien zur Auslegung zivilrechtlicher Willenserklärungen (Willens-, Erklärungs- und die vermittelnde Theorie) nicht näher einzugehen, weil eine Entscheidung, ob eine dieser drei Theorien richtig ist, nicht allgemein gültig gegeben werden kann, sondern auch im BGB der jeweils geltenden Rechtsnorm zu entnehmen ist, Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil, S. 135. Ferner dürfen die Auslegungsregeln über zivilrechtliche Willenserklärungen bei diesen strafrechtlichen Fragen nur mit großer Vorsicht angewendet werden, da die Empfehlung nicht zivilrechtlicher, sondern tatsächlicher Natur ist und im Strafrecht die Offizialmaxime gilt.

Preisempfehlungen. Bei der Anwendung der Unterscheidungsmerkmale ist zu beachten, daß die einzelnen Umstände häufig sachlich eng zusammenhängen und allein betrachtet nur einen schwachen Beweiswert bei der Ermittlung des Beeinflussungswillens haben. Sie müssen daher immer in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden, wobei die Entscheidung insbesondere vom Zweck der jeweiligen Preismitteilung her zu treffen ist. Im übrigen gilt auch hier der strafrechtliche Grundsatz "in dubio pro reo", so daß im Zweifel der Beeinflussungswille zu verneinen ist.

Zu den nachfolgend dargestellten Abgrenzungskriterien ist besonders zu betonen, daß es sich nicht um objektive oder subjektive Tatbestandsmerkmale des § 38 Abs. 2 Satz 2 handelt, sondern um prozessuale Hilfstatsachen zur Feststellung des Beeinflussungswillens.

a) Konkrete Preismitteilung

Eine horizontale Preisempfehlung, mit deren Hilfe für eine bestimmte Ware ein einheitlicher Preis eingeführt werden soll, setzt voraus, daß ein konkreter, genau bestimmter Preis mitgeteilt wird, damit die Empfehlungsempfänger in allen Einzelheiten wissen, wie sie sich ab sofort oder zu einem späteren Zeitpunkt (Anfangstermin) verhalten sollen. Hinreichend bestimmt sind z. B. Durchschnittspreise¹⁾, während bei der Mitteilung von sog. "von - bis" - Preisen²⁾ der Beeinflussungswille nicht auf einen konkreten Preis festgelegt worden ist. Dasselbe gilt für konkrete und abstrakte Preisbeispiele³⁾. Während der Empfehlungsempfänger konkrete Preisbeispiele sofort übernehmen kann, muß er solche in abstrakter Form erst auf die bei ihm gegebenen

1) Vgl. WuW 64 S. 38 (Kooperationsfibel).

2) Vgl. OLG Hamburg, WuW 60 S. 65; Mayer-Wegelin, § 38 (S. 66 c.); Bericht des BKA für das Jahr 1958 S. 57; WuW 64 S. 39 (Kooperationsfibel).

3) Vgl. Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 33; LG Landshut, WuW 59 S. 65; WuW 64 S. 39 f (Kooperationsfibel).

Verhältnisse übertragen, so daß Raum bleibt für eine selbständige unternehmerische Entschließung und damit zugleich für ein Abweichen von der Entscheidung des Konkurrenten.

Der Mitteilung eines historischen Preisdatums können die Erklärungsempfänger nicht entnehmen, wie sie sich in Zukunft verhalten sollen. Zur Beeinflussung der Marktverhältnisse können deshalb nur gegenwärtige oder zukünftige Preise geeignet sein. Fehlt es also an einem genau bestimmten Preis, d. h. an der sofortigen Übernehmbarkeit des Preises durch die Empfehlungsempfänger, so ist der Empfehlungswille schon aus diesem Grunde zu verneinen.

Da bei einem Erfahrungsaustausch unter Unternehmern Preisangaben und ihre Begründung regelmäßig nicht so bestimmt sind, daß die Gesprächspartner sie ohne Änderung übernehmen und anwenden können, dürfte es sich bei derartigen Gesprächen regelmäßig um einen Austausch bloßer Informationen und Meinungen handeln. Natürlich kann die Gelegenheit auch benutzt werden, echte Preisempfehlungen zu erteilen¹⁾.

b) Vergleich mit dem bisherigen Preis und der Marktsituation.

Im Augenblick des Zugangs einer horizontalen Preisempfehlung oder einer Preismitteilung muß der Erklärungsempfänger praktisch eine Kurzanalyse der jeweiligen Marktlage durchführen. Der Erklärungsempfänger kann aus dem Inhalt der Preismitteilung, den sie begleitenden Umständen und der Person des Erklärenden Rückschlüsse ziehen auf den Kreis derjenigen Personen, die eine gleichlautende Preismitteilung erhalten haben, z. B. sämtliche Verbandsmitglieder, wenn die Preismitteilung in einem Verbandsrundschreiben enthalten ist. Da der Erklärungsempfänger außerdem die Zahl seiner Konkurrenten und deren Anteil am Markt

1) Vgl. WuW 64 S. 37 (Kooperationsfibel).

kennt, kann er mit ziemlicher Sicherheit abschätzen, ob es zu einem gleichförmigen Verhalten kommen wird oder nicht.

Zur Ermittlung des Beeinflussungswillens ist eine derartige Marktanalyse vom Standpunkt eines objektiven Beobachters zur Zeit des Zugangs der Preismitteilung durchzuführen (objektiver Ermittlungsmaßstab).

Bei der Marktanalyse sind im übrigen alle Umstände zu berücksichtigen, die das Preisgefüge eines bestimmten Marktes in irgendeiner Form beeinflussen können, insbesondere Änderungen in der Kostenlage des Erklärenden oder der Erklärungsempfänger, z. B. Erhöhung der Rohstoffpreise und Löhne¹⁾, oder Änderungen der allgemeinen Konjunktur- und Wirtschaftsverhältnisse.

Der mitgeteilte Preis kann höher oder niedriger sein, als der Preis der bisher für dieselbe Ware gefordert wurde; beide Preise können auch gleich sein.

Durch die Ermittlung der Differenz zwischen dem mitgeteilten und dem bisherigen Preis wird regelmäßig zunächst nur offenbar, daß der Erklärende es für zweckmäßig hält, daß die Erklärungsempfänger den mitgeteilten höheren oder niedrigeren Preis von den Kunden verlangen (Ratschlag), sofern es sich nicht um eine rein informatorische Preismitteilung handelt, z. B. im Rahmen einer Preisstatistik.

Liegt aber eine besondere Marktsituation vor, so kann der Vergleich mit dem bisher geforderten Preis zu der Erkenntnis führen, daß der Erklärende den Preis mit dem Willen zur Beeinflussung der Erklärungsempfänger mitgeteilt hat. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Oligopolist seinen Konkurrenten zu einem bestimmten Zeitpunkt einen niedrigeren Preis mitteilt, weil er weiß, daß ein ausländisches Unternehmen

1) Vgl. OLG Hamburg, WuW 60 S. 65.

im Begriff ist, in den deutschen Markt einzudringen, der bisher von den Oligopolisten gemeinsam beherrscht wurde. Ein Beeinflussungswille ist z. B. ferner dann anzunehmen, wenn bei reger Nachfrage der Unternehmer mit dem größten Marktanteil seinen Mitbewerbern einen höheren Preis mitteilt. In beiden Fällen ist das spätere entsprechende gleichförmige Verhalten des Erklärenden und der Erklärungsempfänger als Bestätigung des Beeinflussungswillens anzusehen.

Sind der mitgeteilte und der bisherige Preis gleich oder weichen sie nur unbedeutend voneinander ab, so kann es sich um eine rein informatorische Preismitteilung (Preisstatistik) handeln oder auch um einen Durchschnittspreis, der zum Zwecke der Entspannung des Wettbewerbs mitgeteilt worden ist.

Je nach der besonderen Marktsituation können also einem Vergleich des mitgeteilten mit dem bisherigen Preis Hinweise über das Vorhandensein des Beeinflussungswillens entnommen werden, sofern es sich nicht nur um rein informatorische Preismitteilungen handelt.

c) Vorteile des Erklärenden aus der Übernahme des mitgeteilten Preises.

Als ein starkes Indiz für den Beeinflussungswillen sind alle Vorteile anzusehen, die der Erklärende aus der Befolgung der versteckten Preisempfehlung erhält. Der Begriff des Vorteils ist weit auszulegen und umfaßt auch mittelbare Bereicherungen des Empfehlenden. Der Vorteil kann insbesondere in einem höheren Gewinn bestehen oder darin, daß durch das gleichförmige Verhalten der Wettbewerb auf einen bestimmten Markt ausgeschaltet wird; beide Ziele können auch zugleich angestrebt werden. Je größer der finanzielle oder wettbewerbliche Vorteil aus der Befolgung einer Preismitteilung ist, umso eher wird man den

Beeinflussungswillen bejahen können. Kommt es dagegen dem Erklärenden, z. B. einer Behörde, auf derartige Vorteile nicht an, so spricht das nicht unbedingt gegen den Willen des Erklärenden zu Einflußnahme. Inaussen kann man bei einer Behörde davon ausgehen, daß sie zumindest niemals bewußt in versteckter Form horizontale Preisempfehlungen erteilt. Fehlt jedes eigennützige Interesse des Erklärenden an der Erzielung eines gleichförmigen Verhaltens, dann ist die Preismitteilung im Zweifel als Information oder bloße Meinungsäußerung zu verstehen. Der Zweck der Erklärung ist dann nicht die Erlangung finanzieller oder wettbewerblicher Vorteile durch eine Beeinflussung der Marktverhältnisse, sondern die Bereicherung des Wissens der Erklärungsempfänger über bestimmte Preisdaten (Markttransparenz).

Hat ein Verbandsgeschäftsführer einen Preis mitgeteilt, muß auf die Vorteile für alle Verbandsmitglieder abgestellt werden. Im übrigen ist zwischen dem Vorteil für den Erklärenden und dem für die Erklärungsempfänger zu unterscheiden; denn das Wesen des Ratschlags besteht darin, daß er dem Erklärungsempfänger zum Vorteil gereichen soll, während der Ratgeber selbst uneigennützig und neutral einen bestimmten Preisvorschlag macht. So erhält z. B. ein Industrieberater oder Wirtschaftsanwalt nur das vereinbarte Honorar und wird an dem Erfolg des von ihm erteilten Ratschlags nicht beteiligt, während der Unternehmer, der eine horizontale Preisempfehlung erteilt, durch das gemeinsame gleichförmige Verhalten mit den Empfehlungsempfängern an den Früchten seiner wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme teilhat.

Für den Beeinflussungswillen spricht also der Umstand, daß die Befolgung der Preismitteilung dem Erklärenden und den Erklärungsempfängern gemeinsam zum Vorteil gereicht bzw.

allen Verbandsmitgliedern, während eher ein Ratschlag anzunehmen ist, wenn der Erklärende uneigennützig und neutral handelt und die Übernahme des mitgeteilten Preises nur den Erklärungsempfängern Vorteile bringen würde.

d) Die Person des Erklärenden und ihr Verhältnis zu den Erklärungsempfängern.

Empfehlender kann zwar jeder sein ("Wer Empfehlungen ausgesprochen hat, ..."), doch wird ein Beeinflussungswille nur gegeben sein, wenn der Erklärende in einer engeren sachlichen Beziehung zu der betreffenden Ware und deren Preis steht, sei es, daß ihm aus einer Beeinflussung der Marktverhältnisse dieser Ware selbst Vorteile zufließen oder er im Interesse der Allgemeinheit handelt. Unternehmer und ihnen nahestehende Persönlichkeiten werden häufiger versuchen, mit Hilfe von Preismitteilungen den Markt zu beeinflussen, während Behörden oder Wirtschaftsberater eher in rein beratender Funktion am Wirtschaftsleben teilnehmen. Für den Einzelfall besagt das aber wenig.

Aussagekräftiger ist dagegen das Verhältnis zwischen dem Erklärenden und den Erklärungsempfängern. Es reicht von rein sachlichen, neutralen Beziehungen über ein Verhältnis faktischer Bindung bis zur völligen persönlichen Vertrautheit, bei der der Empfehlungsempfänger die Mitteilung einer bloßen Zahl als Preisempfehlung versteht, vergleichbar den sog. Frühstückskartellen.

Teilt z. B. eine Behörde mehreren Unternehmern einen Preis mit, so will sie im Zweifel nur informieren, da zwischen ihr und den Erklärungsempfängern wettbewerbsneutrale Beziehungen bestehen. Sind dagegen alle Beteiligten Konkurrenten und teilt der Unternehmer mit dem größten Marktanteil den anderen einen höheren Preis mit, so ist wenig wahrscheinlich, daß er nur gutgemeinte Ratschläge geben will. Vielmehr möchte er den Preis erhöhen, weil er unter

Umständen mit einem erheblichen Umsatzrückgang rechnen muß, wenn die Erklärungsempfänger beim bisherigen Preis bleiben.

Läßt sich ein Verhältnis tatsächlicher Bindung zwischen dem Erklärenden und den Erklärungsempfängern feststellen, so spricht dieser Umstand sehr stark für das Vorliegen des Beeinflussungswillens. Die faktische Bindung kann vorgegeben sein, z. B. sehr häufig in kleineren Verbänden, deren Mitglieder sich sehr gut kennen, oder sie wird erst durch die Empfehlung erzeugt. Letzteres ist aber nur bei ausdrücklichen Empfehlungen der Fall, z. B. durch einen Apell an das Solidaritätsgefühl aller Verbandsmitglieder. Da es in größeren Verbänden regelmäßig an einer tatsächlichen Bindung unter den Mitgliedern fehlt, weil deren Interessen zu unterschiedlich sind, dürfte in größeren Verbänden nur wirksam mit ausdrücklichen Empfehlungen zu arbeiten sein. Demgegenüber ist die Wahrscheinlichkeit der Befolgung einer versteckten Preisempfehlung in kleineren Verbänden sehr groß, weil der Empfehlende vom Vorhandensein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und sonstiger Abhängigkeitsverhältnisse weiß und auf ihre Wirksamkeit bei der Erzielung eines gleichförmigen Verhaltens vertraut.

e) Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens für die
Erklärungsempfänger.

Bekundet ein Erklärungsempfänger als Zeuge, er habe die Preismitteilung als echte horizontale Preisempfehlung aufgefaßt, so spricht diese Wahrnehmung eines Beteiligten sehr stark für das Vorliegen des Beeinflussungswillens, wie oben ausgeführt¹⁾.

1) Siehe S. 59 ff. (Erkennbarkeit des Beeinflussungswillens für die Empfehlungsempfänger) und S. 62 ff. (subj. oder obj. Ermittlungsmaßstab).

f) Gleichförmiges Verhalten.

Ergibt die Würdigung der gesamten Marktsituation im Augenblick des Aussprechens der Empfehlung, daß sehr wahrscheinlich alle Erklärungsempfänger sich gleichförmig verhalten werden, so wird dieser Umstand eher für den Beeinflussungswillen sprechen als für eine bloße Meinungsäußerung in einer Preisangelegenheit.

Das nachfolgende gleichförmige Verhalten aller oder fast aller Erklärungsempfänger (schlagartige Reaktion) wirkt wie eine Bestätigung des Beeinflussungswillens, insbesondere wenn der Erklärende selbst den mitgeteilten Preis von seinen Kunden fordert. Man wird deshalb dem BGH im Kohlenplatzhandelsbeschluß darin zustimmen, daß Preismitteilungen nach den Umständen des Falles als Preisempfehlungen wirken können¹⁾. Jedoch ist diese Feststellung nicht dahin zu verstehen, daß allein von der bloßen Verursachung gleichförmigen Verhaltens zurückgeschlossen werden darf auf einen Beeinflussungswillen²⁾. Denn zu einem gleichförmigen Verhalten von Verbandsmitgliedern kann es schon in bestimmten Marktsituationen infolge bloßer Meinungsäußerungen oder Tatsachenmitteilungen kommen. Gleichförmiges Verhalten kann ferner noch andere im GWB nicht verbotene Ursachen haben, z. B. eine Preisführerschaft auf Grund bloßer gegenseitiger Marktbeobachtung³⁾.

Die Unzulässigkeit, allein von der Verursachung gleichförmigen Verhaltens auf das Vorliegen einer Empfehlung zurückzuschließen, ist im übrigen ein Beispiel dafür, daß bei der Berücksichtigung des gesamten Erklärungshinter-

1) BGH, WuW 60 S. 350 (III.1).

2) Benisch, WuW 60 S. 355 (7.a.); Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 5.

3) Vgl. DB 61 S. 95 (r.Sp.).

grundes nicht allein auf einen Tatumstand abgestellt werden darf. Es sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalles zu würdigen.

Danach können bloße Meinungsäußerungen und echte Empfehlungen zumindest theoretisch sehr wohl durch die Ermittlung des Beeinflussungswillens voneinander unterschieden werden. Praktisch werden indessen bei der Entscheidung im Einzelfall immer erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten bestehen. Diese Beweisschwierigkeiten sind für den Strafrichter aber nichts Ungewöhnliches. Vielmehr bestehen prinzipiell dieselben Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung z. B. des Verbrechensentschlusses beim Versuch, dem Zueignungswillen bei der Unterschlagung oder den subjektiven Unrechtselementen des § 211 StGB (Mordlust, Habgier usw.)¹⁾.

E. Die objektiven und subjektiven Elemente der Empfehlung im Hinblick auf den Aufbau des Tatbestandes des § 38 Absatz 2 Satz 2.

Wenn es das Ziel der bisherigen Ausführungen war, die einzelnen Wesensmerkmale der Empfehlung herauszuarbeiten, so sind diese nunmehr nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen zu betrachten.

Nach natürlicher Betrachtungsweise ist die Empfehlung ein einheitlicher Begriff. Wenn sie erteilt ist, wirkt sie selbsttätig weiter (finales Element) und wird bei jedem Empfehlungsempfänger ursächlich für das Fordern eines bestimmten Preises, d. h. also, sie löst bei allen Empfehlungsempfängern ein gleichförmiges Verhalten aus. Vom wettbewerbsrechtlichen Standpunkt her gesehen, ist die aus sich

1) Benisch, WuW 60 S. 356, betont, daß dem Erklärenden ein Verhalten im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen werden müsse; er befürchtet jedoch in der Praxis eine Umkehrung der Beweislast, indem dem Verdächtigten die Gegenfrage gestellt werde, welchen anderen Zweck als den der Willensbeeinflussung die Preismitteilung denn sonst gehabt habe.

selbst heraus oder im Zusammenhang mit den jeweiligen Umständen des Einzelfalles verständliche Empfehlung ein Mittel, dessen sich der Empfehlende bedient, um über das gleichförmige Verhalten einen wettbewerbswidrigen Umgehungserfolg zu erzielen. An dem Fall einer offenen, schriftlich niedergelegten Empfehlung wird besonders deutlich, daß im Verhältnis zum Verwirklichungswillen des Empfehlenden, der sich auf eine Umgehung im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 richtet, die Empfehlung ein objektives Tatbestandsmerkmal¹⁾ im Sinne eines in der Außenwelt objektivierten Umstands ist.

Daran bestehen keine Zweifel, solange man nur das erste Wesensmerkmal der Empfehlung betrachtet, die Preismitteilung. Jedoch sind der Ratschlag bei versteckten Empfehlungen und - noch stärker - der Beeinflussungswille ihrem Wesen nach Umstände, die dem seelischen Bereich angehören. Sie sind daher nicht objektive, sondern subjektive Momente. Nach den strafrechtlichen Grundsätzen über die Unterscheidung von objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen läge es deshalb nahe, den Willen zur Einflußnahme zum subjektiven Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 zu rechnen²⁾. Dafür spricht die enge Verknüpfung des Empfehlungswillens mit Inhalt und Umfang des Vorsatzes des Empfehlenden. Ist nämlich bei der Subsumtion unter den Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 schon der Beeinflussungswille des Empfehlenden festgestellt, so liegt damit auch das wichtigste Indiz für den Umgehungsvorsatz des Täters vor. Aber der Wille zur Einflußnahme ist nur ein Anknüpfungspunkt bei der Untersuchung des Vorsatzes des Empfehlenden, und eine systematische Trennung des Beeinflussungswillens vom Vorsatz ist möglich und geboten, und

1) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 73; Benisch, DB 57 S. 790 (II. 1.a.), vgl. BGH, WuW 60 S. 348 (I.1.)

2) Vgl. Giefers, S. 34; Gleiss, BB 58 S. 431 (r.Sp.); unentschieden Huber, S. 54.

zwar aus den folgenden Gründen:

1. Die Fassung des § 38 Abs. 2 Satz 1 ("Wer vorsätzlich durch Empfehlungen daran mitwirkt ...") spricht dafür, daß die Empfehlung (einschließlich des Beeinflussungswillens) ein objektives Tatbestandsmerkmal ist.

2. Der Verwirklichungswille des Empfehlenden bedient sich nicht nur e i n e r Empfehlung, um den Umgehungserfolg zu erreichen, sondern regelmäßig einer Vielzahl von Empfehlungen, mindestens aber zweier gleichlautender Empfehlungen, damit ein gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger überhaupt möglich ist¹⁾. Die Eigenart des Vorsatzes des Empfehlenden liegt weiter darin, daß er sich auf die Beeinflussung der Empfehlungsempfänger und das Erreichen eines Umgehungserfolges zugleich erstreckt.

3. Umstände, die ihrem Wesen nach dem seelischen Bereich des Täters angehören, können in der realen Außenwelt objektiviert werden. Das ist beim Beeinflussungswillen dann der Fall, wenn der Empfehlende die zahlreichen einzelnen Empfehlungserklärungen ausdrücklich ausgesprochen oder schriftlich niedergelegt hat. bzw. bei einer bloßen Preismitteilung der Empfehlungscharakter sich aus den gesamten Umständen des Falles ergibt.

In diesem Zusammenhang ist ferner auf die Parallele zwischen dem Zueignungswillen im Sinne des § 246 StGB und dem Beeinflussungswillen im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 hinzuweisen. Der Zueignungswille des Unterschlagenden kann nur festgestellt werden, wenn er sich in der Außenwelt in erkennbarer Weise betätigt hat, z. B. indem der Unterschlagende den Gegenstand, den er in Gewahrsam

1) Vgl. auch den vom Gesetzgeber verwendeten Plural in § 38 Abs. 2 Satz 2 "Wer Empfehlungen ...".

hat, einem Dritten zum Kauf anbietet oder verschenkt¹⁾. Eine tatbestandliche Eigenart des § 246 StGB besteht darin, daß der Zueignungswille nicht zum subjektiven, sondern zum objektiven Tatbestand gehört²⁾. Man kann daher mit Hilfe der objektivierten Willenstendenz des Täters den unterschlagenen Gegenstand vom nichtunterschlagenen und die bloße Meinungsäußerung von der echten Empfehlung trennen. Die Empfehlung ist daher, genau wie z. B. das gleichförmige Verhalten oder die Kausalität, ein objektives Tatbestandsmerkmal.

1) Vgl. Schwarz, § 246 StGB Anm. 2 A.

2) Vgl. Welzel, S. 54: "Noch deutlicher zeigt die Zueignung als Tathandlung bei der Unterschlagung, daß die tatbestandsmäßige Handlung keinesfalls ohne die das äußere Geschehen bestimmende subjektive Willens-tendenz erfaßt werden kann". Vgl. Schönke-Schröder, § 246 Anm. V, der die Betätigung des Zueignungswillens bei der Kommentierung des objektiven Tatbestands des § 246 erwähnt.

4. Abschnitt: Empfehlender und Empfehlungsempfänger.

I. Die Person des Empfehlenden.

Die Person des Empfehlenden ist in § 38 Abs. 2 Satz 2 mit dem Wort "Wer" umschrieben. Das bedeutet, daß Empfehlender jede natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts sein kann. Daß der Empfehlende auch im öffentlichen Dienst stehen kann, ergibt sich mittelbar aus § 98 Abs. 1¹⁾.

Da in § 1 und § 15 nur Unternehmen und Unternehmensvereinigungen erwähnt sind, hat Huber - im Gegensatz zum Wortlaut des § 38 - den Täterkreis nach Sinn und Zweck des GWB auf Unternehmen und Unternehmensvereinigungen eingeschränkt²⁾. Eine derartige Einengung des Täterkreises ist jedoch aus den folgenden Gründen abzulehnen.

Wie sich aus § 46 ergibt, haben die Kartellbehörden zwar nur das Recht, von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen Auskünfte und Wirtschaftsunterlagen zu verlangen. Die in § 46 geregelten Befugnisse betreffen jedoch nur die Kartellbehörden, sind also Vorschriften des Kartellverwaltungsrechts, während in dem Bußgeldverfahren der §§ 81 ff., die auf die §§ 38 ff. verweisen, der Täterkreis durch das Wort "Betroffener" umschrieben ist. Wenn auch die §§ 81 ff. nur prozessuales Recht sind, so ergibt sich doch aus diesem einheitlichen, systematischen Aufbau des GWB ein Hinweis dafür, daß jede Person Täter im Sinne des Umgehungsstatbestandes sein kann. Daraus folgt auch, daß das Kartellverwaltungsrecht nur auf Unternehmen und Unternehmensvereinigungen anwendbar ist, während das Kartellstrafrecht diese Einschränkung nicht kennt. Das ist sinnvoll, weil z. B. auch Wirtschaftsberater oder Rechtsanwälte - wenn

1) Ewald, WRP 60 S. 142 (1.Sp.); Langen, § 38 Anm. B V 3; vgl. auch Mees, S. 75 ff.

2) Huber, S. 42 und 51; Krahe, WuW 60 S. 482 unten; vgl. Benisch, WuW 60 S. 360 unten.

auch nur ausnahmsweise - durch Empfehlungen den Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 verwirklichen können¹⁾. Regelmäßig wird es allerdings so sein, daß ein Wirtschaftsberater oder Rechtsanwalt nicht mehrere Unternehmen mit gleichgelagerten Interessen gleichzeitig "berät". Es fehlt dann bereits an einem gleichförmigen Verhalten mindestens zweier Empfehlungsempfänger. Aber auch sonst werden Wirtschaftsberater, Rechtsanwälte oder Behörden in wettbewerbsrechtlichen Angelegenheiten regelmäßig nur neutrale Gutachten und Werturteile abgeben, sich also ohne Beeinflussungswillen in wirtschaftlichen Angelegenheiten äußern.

Könnte nicht jeder Täter im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 sein, so könnte nicht nur § 1, sondern auch der Umgehungstatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 selbst leicht umgangen werden. Es muß daher nach dem klaren Gesetzeswortlaut dabei bleiben, daß Empfehlender im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 jeder sein kann²⁾.

II. Die Person des Empfehlungsempfängers.

Im Text des § 38 Abs. 2 Satz 2 sind die Empfehlungsempfänger nicht ausdrücklich erwähnt, sondern durch den Begriff des gleichförmigen Verhaltens mit erfaßt. Aus diesem Begriff ergibt sich weiter, daß zumindest zwei Empfehlungsempfänger die Empfehlung befolgt haben müssen. Demgegenüber kann der Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 1 schon durch das Tun eines Empfehlungsempfängers verwirklicht werden, weil es dort auf das Sichhinwegsetzen über einen unwirksamen Kartellvertrag ankommt³⁾.

Dem Begriff des gleichförmigen Verhaltens kann jedoch nicht

1) Langen, § 38 Anm. B V 3; Günther, WuW 57 S. 693; Mayer-Wegelin, § 38 (S. 65 unten).

2) Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 4 und 11; Mayer-Wegelin, § 38 (S. 65 unten); Langen, § 38 Anm. B V 3; vgl. auch Schmitt, S. 72; Hoth, WRP 58 S. 294/295.

3) BGH, WuW 60 S. 349 (c.).

entnommen werden, ob Empfehlungsempfänger jede Person sein kann oder nur ein Unternehmen. Nach Meinung von Langen¹⁾ können auch Endverbraucher²⁾ Empfehlungsempfänger sein, weil der Regierungsentwurf und der wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages nur Empfehlungen hatten verbieten wollen, die an bestimmte Empfängerkreise gerichtet waren. Der Gesetzgeber habe aber in dem neugefaßten Empfehlungsverbot des § 38 eine solche Beschränkung nicht mehr normiert. Da es nicht mehr darauf ankomme, wer von der Empfehlung angesprochen werde, könne jeder Empfehlungsempfänger sein.

Indessen ergibt sich aus der jetzigen Fassung des § 38 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit dem zu umgehenden Verbot des § 1, daß nur Unternehmen Empfehlungsempfänger im Sinne des Umgehungstatbestandes sein können³⁾. Die Bezugnahme des Umgehungstatbestandes auf § 1 ist als eine spezielle Regelung im Hinblick auf die Person der Empfehlungsempfänger anzusehen.

Ferner entspricht es der Natur einer Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2, daß der Empfehlende sie immer an bestimmte Personen oder einen bestimmbaren Kreis von Empfehlungsempfängern richtet, z. B. mündlich in einer Innungsversammlung oder schriftlich an die einzelnen Verbandsmitglieder. Bei Erklärungen eines Verbandes über in Zukunft wahrscheinliche Preiserhöhungen, die z. B. nur in einer der großen Tageszeitungen veröffentlicht, nicht aber den Verbandsmitgliedern direkt mitgeteilt werden, dürfte es sich demnach lediglich um eine Information für die breite Öffentlichkeit handeln.

1) Langen, § 38 Anm. B V 2 und 4; Hoth, WRP 58 S. 295.

2) Alsein Beispiel dafür ist der niedersächsische Milchstreik anzusehen: Wegen einer Preiserhöhung für Milch waren die Hausfrauen öffentlich von den Gewerkschaften aufgefordert worden, statt Milch sonstige Getränke und Nahrungsmittel zu kaufen.

3) Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 4 und 11; Huber, S. 71 (a.); Rasch, § 38 Anm. 2 c; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 23.

Schließen sich andere Unternehmen der gleichen Branche dem gleichförmigen Verhalten einiger Empfehlungsempfänger an, ohne daß diese außenstehenden Unternehmen auch eine Empfehlung erhalten haben, und kommt es nur dadurch zu einer tatsächlichen Marktbeeinflussung, so fehltes einmal am Aussprechen der Empfehlung gegenüber den Außenseitern und zum anderen an der Kausalität. Von den Außenseitern her gesehen, handelt es sich im übrigen um eine besondere Form der Preisführerschaft, die nicht als ordnungswidrig anzusehen ist¹⁾. Erwartet der Empfehlende jedoch schon von vornherein, daß die Außenseiter, die keine Empfehlung erhalten haben, sich der Preisempfehlung anschließen werden, so ist der Umgehungsvorsatz des Empfehlenden vorhanden. Aber der objektive Umgehungstatbestand ist nicht verwirklicht, weil es auch hier am Aussprechen einer Empfehlung gegenüber den Außenseitern fehlt²⁾.

1) Vgl. Völp, WRP 60 S. 117 (1. Sp.).

2) Vgl. Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 12 mit weiteren Nachweisen; Hoth, WRP 58 S. 292.

5. Abschnitt: Die Umgehung.

Bisher sind die Fragen des Umgehungstatbestandes untersucht worden, die den Empfehlungsbegriff betreffen oder noch mit ihm in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Ordnungswidrig sind jedoch nur solche Empfehlungen, "die eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote ... durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben ...". Zunächst ist daher allgemein der Inhalt des Begriffs der Umgehung im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 zu bestimmen. Anschließend sind das gleichförmige Verhalten, die Kausalität, das umgangene Verbot und der spezielle "Umgehungserfolg" zu erörtern.

A. Umgehungstatbestand, Umgehungstäter und Umgehungshandlung.

Der Begriff der Umgehung ist von Rechtsprechung und Lehre im Zivilrecht zu § 134 BGH geschaffen worden. Gesetzlich normiert war er schon in den kartellrechtlichen Vorschriften der Zeit zwischen dem 1. und 2. Weltkrieg und im Dekartellierungsrecht¹⁾. Der Umgebungsbeffriff ist weiterentwickelt worden im Steuerrecht. In Anlehnung an § 6 Steueranpassungsgesetz wird er in der Steuerlehre definiert als "Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts in der Absicht, dadurch die Steuerpflicht zu umgehen oder zu mindern"²⁾.

Der Begriff der Gesetzesumgehung des § 6 StAnpG ist durch die Rechtsprechung des BGH zu § 5 GüKG bestätigt worden.

1) Siehe die ausführliche Zusammenstellung bei Gieffers, S. 71; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 51; Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil, § 29 III 4. Vgl. auch Langen, § 38 Anm. B VII; ferner Schramm-Klaka, WRP 58 S. 77; Hengstenberg, WuW 58 S. 442; Lieberknecht, MA 58 S. 239; Benkendorff, WuW 54 S. 147; Mayer-Wegelin, DB 58 S. 189.

2) Hartung, § 396 RAO, Anm. VII. 2. (S. 67); Becker/Riewald/Koch, § 6 StAnpG, Anm. 2 (S. 667, 671); Kühn, § 6 StAnpG, Anm. 1 - 3; vgl. Judeich/Felix, § 5 StAnpG, Anm. 15; Teichmann, S. 72 - 75.

Danach liegt "eine Umgehung gesetzlicher Vorschriften dann vor, wenn die Rechtsfolgen, die sie einem bestimmten, von ihm ins Auge gefaßten Verhalten beilegen, dadurch vermieden werden sollen, daß zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges nicht der den Umständen nach gewöhnliche und zweckmäßige, sondern unter Ausnutzung der Vertragsfreiheit ein anderer, den wirtschaftlichen Vorgängen ferner liegender und daher ungewöhnlicher Weg eingeschlagen wird, der an den vom Gesetz angeordneten Rechtsfolgen vorbeiführen soll".¹⁾

Nach diesem einheitlichen Umgehungs-begriff sind also alle Rechtsgeschäfte verboten, die direkt oder indirekt gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Deshalb sind auch solche Umgehungsgeschäfte nichtig, die zwar nicht unter den Wortlaut eines gesetzlichen Verbotes fallen, die aber unter Benutzung zulässiger Rechtsgeschäfte den verbotenen Zweck zu erreichen suchen²⁾. Dieser (rechtsgeschäftliche) Umgehungs-begriff gilt daher z. B. wohl für Verträge im Sinne des § 1, nicht aber für Empfehlungen im Sinne des Umgehungstatbestandes, weil der Empfehlung eine rechtliche Bindung nicht eigen ist, sondern sie nur eine tatsächliche Natur besitzt. Insofern sind also der zivilrechtliche Umgehungs-begriff und der des § 38 Abs. 2 Satz 2 nicht identisch³⁾. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß § 134 BGB sämtliche rechtsgeschäftlichen Verhaltensweisen verbietet, mit denen ein verbotener Zweck durch zulässige Mittel erreicht werden soll, während § 38 Abs. 2 Satz 2 nicht sämtliche Fälle eines kartellmäßigen Verhaltens ohne Abschluß eines Kartellvertrages erfaßt⁴⁾.

1) BGH in LM, GüKG (Nr. 9).

2) Vgl. Huber, S. 65; Giefers, S. 71/72; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 51; BGHZ 28 S. 214 ("4711-Fall").

3) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 51/52; Huber, S. 65 (2. Abs.).

4) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 51/52; Schramm-Klaka, WRP 58 S. 77.

Der objektive Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 erstreckt sich vielmehr nur auf solche Umgehungen (des § 1), die auf einem gleichförmigen Verhalten der Empfehlungsempfänger beruhen, welches seinerseits wiederum durch Empfehlungen angeregt worden ist¹⁾. Keine Umgehung im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 sind daher die kartellmäßigen Verhaltensweisen, die auf bloßer gegenseitiger Marktbeobachtung beruhen wie z. B. die Preisführerschaft.

Geht man von den Worten des Gesetzes "Umgehung ... bewirkt haben" aus, so liegt das Wesen des Begriffs der Umgehung darin, daß die Empfehlung ein gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger tatsächlich verursacht haben muß. Zur Erfassung dieses Erfolges ist die Verknüpfung der Tatbestände des § 38 Abs. 2 Satz 2 und des § 1 zu beachten. § 38 Abs. 2 Satz 2 verlangt in dieser Beziehung mehr als die bloße objektive Eignung einer wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme zur Beeinflussung der Marktverhältnisse. Im Hinblick auf den Eintritt der effektiven Marktbeeinflussung bedeutet der Begriff der Umgehung in § 38 Abs. 2 Satz 2 daher soviel wie Umgehungserfolg²⁾.

Ferner kann der Begriff der Umgehung eine verschiedene Bedeutung in Bezug auf den Umfang der Tathandlung und die Frage, wer Umgehungstäter ist, haben. Bei dieser Frage ergeben sich Schwierigkeiten, wenn der Unterschied zwischen dem natürlichen Ablauf einer Handlung und der Tathandlung im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 nicht beachtet wird. Nach Meinung von Huber umfaßt der Begriff der Umgehung im Sinne der Tathandlung nur das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger³⁾, während der BGH auch das Aus-

1) Vgl. BGH, WuW 60 S. 349 Mitte; Giefers, S. 91 Mitte; Langen, § 38 Anm. B VII 1 (S. 297).

2) Vgl. dazu Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 65, Anm. 57, der bei dem Sachverhalt, der sich anschaulicher durch "Umgehungserfolg" umschreiben läßt, nur das vieldeutige Wort "Umgehung" verwendet.

3) Huber, S. 48 (bb) und 66.

sprechen der Empfehlung in die tatbestandstechnische Umgehungshandlung mit einbezieht¹⁾. Umgehungstäter ist nach Meinung des BGH daher der Empfehlende²⁾, und nach Ansicht Hubers sind es die jeweiligen Empfehlungsempfänger³⁾.

Zwar spricht für Hubers Meinung Wortlaut und Satzbau des § 38 Abs. 2 Satz 2⁴⁾. Wegen der Eigenart der strafrechtlichen Konstruktion des Umgehungstatbestandes ist es jedoch systematisch allein sinnvoll, die Umgehung als Tat handlung aus Empfehlung und gleichförmigem Verhalten zusammenzusetzen⁵⁾; denn der Umgehungsvorsatz des Empfeh- lenden wird in der Regel ohne Schwierigkeit feststellbar sein, während ein Umgehungsvorsatz der Empfehlungsempfänger - wenn ein solcher überhaupt vorhanden ist - sich regelmäßig nur sehr schwer wird nachweisen lassen. Aus dieser Ver- schiedenheit in der Sach- und Beweislage erklärt sich, weshalb der Gesetzgeber allein das Verhalten des Empfeh- lenden als ordnungswidrig normiert und die Empfehlungsempfänger, obwohl deren Tatbeitrag für die Verwirklichung des Tatbe- standes des § 38 Abs. 2 Satz 2 unentbehrlich ist, nicht mit einem Bußgeld bedroht hat.

Nach strafrechtlichen Grundsätzen müßte die gemeinsame Verwirklichung des Umgehungstatbestandes auch eine Be- strafung der Empfehlungsempfänger nach sich ziehen, da man

1) BGH, WuW 60 S. 349 Mitte: "Mit der Empfehlung beginnt die unzulässige Umgehung; das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger vollendet sie"; Lieberknecht, MA 58 S. 235; Gnam, NJW 52 S. 133; LG Köln, BB 58 S. 462 (r. Sp. oben).

2) BGH, WuW 60 S. 349 (b.); Büntig, BB 60 S. 384.

3) Huber, S. 48 (bb.) und 66; Hengstenberg, WuW 58 S. 443; Hoth, WRP 58 S. 297.

4) BGH, WuW 60 S. 349 (b.).

5) Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen BGH, WuW 60 S. 349. Zustimmend Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 75 Anm. 67, der jedoch gewisse sprachliche Bedenken gegen den Ausdruck "Umgehungstäter" erhebt; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 26.

nicht allein den Teilnehmer (Empfehlenden) bestrafen kann, während die Haupttäter (Empfehlungsempfänger) straffrei ausgehen. Sieht man die Empfehlungsempfänger als Umgehungstäter an, so würde § 38 Abs. 2 Satz 2 gegen den Gleichheitsgrundsatz und das Erfordernis der Akzessorietät von Haupttat und Teilnahmehandlung verstoßen. Ein solcher Verstoß ist jedoch dann nicht vorhanden, wenn der Empfehlende allein der Umgehungstäter ist.¹⁾ Hier zeigt sich im übrigen die rechtssystematische Eigenart des Umgehungstatbestandes: Er läßt sich weder als Anstiftung zu einer Haupttat, noch als mittelbare Täterschaft mit rechtmäßig handelndem Werkzeug, noch mit einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit oder dem Gedanken des erfolgsqualifizierten Delikts hinreichend erklären²⁾, sondern ist ein Delikt eigener Art. Die Umgehungshandlung setzt sich aus der kausalen Verknüpfung der Empfehlung mit dem gleichförmigen Verhalten und dem Umgehungserfolg zusammen, wobei der Umgehungserfolg der Tatzweck und die Empfehlung und das gleichförmige Verhalten je ein Tatmittel sind, die einander ergänzen.

B. Gleichförmiges Verhalten.

Gleichförmiges Verhalten im Sinne des Umgehungstatbestandes ist dasjenige Verhalten der Empfehlungsempfänger, welches dem mit Beeinflussungswillen ausgesprochenen Ratschlag entspricht. Von einem gleichförmigen Verhalten kann immer nur im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den Empfehlungsempfängern und deren Kunden die Rede sein. Es liegt dann vor, wenn die Empfehlungsempfänger für eine bestimmte Ware in einem bestimmten Gebiet und von einem bestimmten Zeitpunkt ab (nach Zugang der Empfehlung) den-

1) BGH, WuW 60 S. 349 Mitte; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 25 (S. 900); a. A. Hoth, WRP 59 S. 198 - 200.

2) Vgl. Hoth, WRP 59 S. 102 ff. und 199 ff.

selben Preis von ihren Kunden verlangen¹⁾. Der empfohlene Preis muß von den Empfehlungsempfängern vollständig oder doch ohne erhebliche Abweichung übernommen werden²⁾. Nach Fikentscher³⁾ genügt es schon, wenn der empfohlene Preis der Kalkulation der Empfehlungsempfänger zugrunde gelegt wird. Führt eine solche teilweise Übernahme des empfohlenen Preises zu einem Umgehungserfolg, so liegt auch eine Ordnungswidrigkeit vor. In derartigen Fällen ist im übrigen aber immer zu untersuchen, ob es sich eventuell um die Empfehlung eines bestimmten Preisbestandteils handelt.

Aus dem Wesen des gleichförmigen Verhaltens ergibt sich, daß mindestens zwei Empfehlungsempfänger der Preisempfehlung folgen müssen⁴⁾. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob das gleichförmige Verhalten zu einem Umgehungserfolg führt. Empfiehlt ein Unternehmen mit einem großen Marktanteil einem anderen Unternehmen mit einem gleichfalls großen Marktanteil einen bestimmten Preis, und fordern beide zusammen dann diesen Preis, so handelt es sich nicht um einen Fall des § 38 Abs. 2 Satz 2, weil nur ein Empfehlungsempfänger vorhanden ist, sondern um einen Fall der §§ 22 ff⁵⁾.

Gleichförmiges Verhalten im Wettbewerb ist für sich allein betrachtet nicht ordnungswidrig. Es kann mehrere verschiedene Ursachen haben. Sein Anlaß kann einmal in einer besonderen Maßnahme einer am Wirtschaftsleben beteiligten

1) Vgl. Giefers, S. 70.

2) So auch Giefers, S. 70 (vor b.).

3) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 74 (II A 1.).

4) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 65 oben; Giefers, S. 68 unten; BGH, WuW 60 S. 349 (c.); das LG Köln, BB 58 S. 462 (l. Sp.), will unerhebliche Ausnahmen zulassen; Huber, S. 71 (a.), verlangt die Befolgung durch die Mehrzahl der Empfehlungsempfänger.

5) A.A. wohl Huber, S. 66.

Person bestehen, zum anderen kann gleichförmiges Verhalten das Anzeichen des schärfsten Wettbewerbs sein und drittens auch von Wettbewerbspassivität zeugen¹⁾. Während die beiden letzten Fälle kartellrechtlich irrelevant sind, muß im ersten Fall des gleichförmigen Verhaltens unterschieden werden, ob es sich um eine spezielle wettbewerbsbeschränkende oder eine bloße Meinungsäußerung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, die nicht ordnungswidrig ist, handelt. Wegen dieser verschiedenen Ursachen des gleichförmigen Verhaltens konnte der Gesetzgeber nicht generell gleichförmiges Verhalten im Wettbewerb verbieten, sondern nur dasjenige, das durch eine Empfehlung hervorgerufen wird.

Wenn es das Ziel des Alliierten Dekartellierungsrechts war, jede Umgehung des Verbots horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen zu erfassen²⁾, so ist demgegenüber § 38 Abs. 2 Satz 2 nur auf solche Umgehungstatbestände anwendbar, die mittels empfehlungsbeeinflussten gleichförmigen Verhaltens verwirklicht werden³⁾. Das ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil eine Umgehung des § 1 auch in anderen Formen als der des gleichförmigen Verhaltens möglich ist, z. B. in der des abgestimmten Verhaltens⁴⁾. Dieser Begriff ist doppeldeutig. Er kann einmal Verhaltensweisen umfassen, denen ausdrücklich erklärte Willensübereinstimmungen mehrerer Wettbewerbsteilnehmer zugrunde liegen, wie z. B. Gebietsaufteilungen oder Submissionskartellen. Er umfaßt dann gleichförmiges und ungleichförmiges Verhalten.

In diesen Fällen handelt es sich indessen um "gentlemen agreements" oder um Verträge im Sinne des § 1, je nachdem, ob die Beteiligten eine zivilrechtliche Verpflichtung ein-

1) Benisch, WuW 60 S. 358 oben; Lieberknecht, MA 58 S. 235 (1. Sp.).

2) Vgl. Benkendorff, WuW 54 S. 147 ff; Benisch, DB 57 S. 789.

3) Vgl. Huber, S. 71 (4.).

4) Hengstenberg, WuW 58 S. 443, unterscheidet nicht scharf genug zwischen abgestimmtem und gleichförmigem Verhalten.

gehen oder nur einen tatsächlichen Erfolg im Wettbewerb erreichen wollen.

Es ist aber auch ein abgestimmtes Verhalten in dem Sinne denkbar, daß Wettbewerbsteilnehmer - ohne miteinander mündlich oder schriftlich, direkt oder über eine dritte Person, Kontakte aufzunehmen - nur auf Grund besonderer Konstellationen in der Sach- und Wettbewerbslage sowie gegenseitiger Beobachtung ihr Verhalten im Wettbewerb aufeinander einrichten, sich hinsichtlich der Höhe des Preises aufeinander einstellen, wie z. B. bei der Preisführerschaft¹⁾. Ein solches abgestimmtes Verhalten kann dazu führen, daß die Wettbewerbsteilnehmer sich beim Vorliegen gleicher Tatbestände in der gleichen Form ihren Kunden gegenüber verhalten. Eine Ordnungswidrigkeit liegt jedoch nicht vor, weil es am Aussprechen einer Empfehlung im Sinne des Umgehungstatbestandes fehlt. Auch § 1 ist nicht erfüllt, da eine formelle Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Borchardt/Fikentscher nicht vorliegt²⁾. Dasselbe gilt für die schon im Rahmen der verfassungsrechtlichen Untersuchung erwähnten Fälle, in denen das gleichförmige Verhalten auf einer bloßen Meinungsäußerung (ohne Beeinflussungswillen) beruht.

Befolgt der Empfehlungsempfänger eine Empfehlung durch gleichförmiges Verhalten, so kommt es zu einer Übereinstimmung zwischen dem Empfehlenden und jeweils einem Empfehlungsempfänger³⁾. Dieser Übereinstimmung liegen aber

1) Zur Preisführerschaft vgl. Mayer-Vegelin, DB 58 S. 188 (4.); Benisch, DB 57 S. 789. Ein nicht ordnungswidriges gleichförmiges Verhalten ist auch dann gegeben, wenn z. B. die Frisöre einer Gemeinde dadurch alle die gleichen Preise fordern, daß sie lediglich die in jedem Geschäft im Schaufenster ausgehängten Preislisten gegenseitig ständig beobachten, ohne sonst Kontakte untereinander aufzunehmen.

2) In dem Sinne auch Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 29.

3) Mayer-Vegelin im Gemeinschaftskommentar, § 38 Anm. 27; Giefers, S. 69.

wegen der tatsächlichen Natur der Empfehlung keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen zugrunde. Damit gleichförmiges Verhalten tatbestandsmäßig im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 ist, ist es nicht erforderlich, daß auch zwischen den Empfehlungsempfängern Kontakte hinsichtlich eines gleichförmigen Verhaltens aufgenommen worden sind¹⁾. Bei einer Verbandsempfehlung wird das einzelne Verbandsmitglied zwar regelmäßig wissen oder annehmen können, daß auch die anderen Verbandsmitglieder eine gleiche Preisempfehlung erhalten haben. Das ist aber noch kein Grund, die Erkennbarkeit des Empfängerkreises für den einzelnen Empfehlungsempfänger zu einem Merkmal des objektiven Tatbestands zu machen²⁾; denn zu einem gleichförmigen Verhalten kommt es schon dann, wenn jeder einzelne Empfehlungsempfänger, ohne von den anderen zu wissen, die Preisempfehlung befolgt³⁾. Das gleichförmige Verhalten ist also ein Merkmal allein des objektiven Tatbestands, auf subjektive Momente kommt es nicht an.

Nicht schon durch den bloßen Abschluß eines Kartellvertrages oder die Abgabe einer Empfehlung tritt eine Störung des Marktmechanismus ein, sondern unmittelbar erst durch das vertragsgebundene oder empfehlungsbeeinflusste gleichförmige Verhalten; denn ein nicht vollzogener Kartellvertrag oder eine nicht befolgte Empfehlung - allein betrachtet - sind für das Funktionieren des Marktmechanismus praktisch

-
- 1) Vgl. Giefers, S. 69 unten; Hoth, WRP 58 S. 295 (r. Sp.).
 - 2) Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 28; a. A. Huber, S. 73: "Ich verhalte mich so, weil ich weiß, daß auch du dich so verhalten wirst"; Hengstenberg, WuW 58 S. 443; Hoth, WRP 59 S. 106.
 - 3) Giefers, S. 70 oben; Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 16; Bütig, BB 60 S. 384; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 67 (vor c.): "Ein Bewußtsein der sich gleichförmig Verhaltenden, es seien mehrere, die sich durch Zueigenmachung des empfohlenen Preises gleichförmig verhalten, ist nicht erforderlich", vgl. dazu aber auch S. 68 und S. 120, wo Fikentscher für § 1 zumindest ein Bewußtsein des gleichförmigen Verhaltens verlangt. Siehe ferner LG Köln, BB 58 S. 462 (1. Sp.); Schramm-Klaka, WRP 58 S. 75 (zu Fall 2).

noch nicht schädlich. Von dieser unmittelbaren Wirkung der Vollzugshandlung ist das in § 1 verankerte Verbotprinzip zu unterscheiden, wonach der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Gründen schon den bloßen Abschluß eines Kartellvertrages für unwirksam erklärt hat. Im Umgehungstatbestand konnte dagegen für den Gesetzgeber der Ansatzpunkt - wegen der Eigenart der Sachlage - erst das gleichförmige Verhalten, die tatsächliche Marktbeeinflussung sein. So ist es zu verstehen, daß das gleichförmige Verhalten in § 38 Abs. 2 Satz 2 besonders erwähnt worden ist¹⁾. Bei § 1 ist im übrigen das gleichförmige Verhalten zwar die am häufigsten vorkommende Vollzugshandlung. Jedoch werden durch § 1 auch andere wettbewerbsbeschränkende Handlungen erfaßt, wie aus dem Wortlaut des § 1 ersichtlich ist: "Verträge ... soweit sie geeignet sind, ... die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen".

Daß der Bereich der wettbewerbswidrigen Handlungen im Sinne des § 1 erheblich größer ist als der des § 38 Abs. 2 Satz 2, in dem nur auf das gleichförmige Verhalten abgestellt ist, ergibt sich ferner aus dem Tatbestandsmerkmal des Sichhinwegsetzens in § 38 Abs. 1 Nr. 1.

Verhält sich die eine Marktseite (Empfehlungsempfänger) gleichförmig, so sieht sich die jeweils andere Marktseite einer "Einheitsfront" gleicher (überhöhter) Preise gegenüber. Die Marktgegenseite hat dadurch nicht mehr die Möglichkeit, den eigenen Bedarf bei anderen, sich nicht gleichförmig verhaltenden Marktteilnehmern zu befriedigen. Der Marktmechanismus funktioniert also nicht, weil die eine Marktseite sich gleichförmig verhält.

1) Vgl. BGH, WuW 60 S. 350 oben.

C. Kausalität.

Es ist schon wiederholt darauf hingewiesen worden, daß die Empfehlung oder das gleichförmige Verhalten, für sich allein gesehen, nicht ordnungswidrig im Sinne des Umgehungsstatbestandes sind, sondern daß die Empfehlung grundsätzlich für das gleichförmige Verhalten und den Umgehungserfolg sein muß. Das ergibt sich aus den Worten des Gesetzes "die eine Umgehung ... bewirkt haben". Streit besteht darüber, ob es sich um Kausalität im Sinne der Adäquanz- oder der Äquivalenztheorie handelt. Huber ist der Meinung, es sei die Adäquanztheorie anzuwenden, da entscheidend sei, "ob nach allgemeiner menschlicher Erfahrung erkennbar war, daß eine von dem Empfehlenden abgegebene Erklärung den Erklärungsempfänger zu einem Umgehungsverhalten bestimmen könne". Eine bloße Anregung sei nur eine Bedingung und genüge nicht für ein tatbestandsmäßiges Handeln im Sinne des Umgehungsverbots.¹⁾

Der BGH hat demgegenüber im Kohlenplatzhandelsfall die Bedingungstheorie vertreten und ausgeführt: "Die Entschließungsfreiheit der Vereinsangehörigen war schon dann durch die Preisempfehlungen beeinträchtigt, wenn diese irgendeinen Einfluß auf ihre Entschließung ausübten, sei es, sie bestimmten oder auch bloß (bestärkend) förderten". Der BGH hat zur Erläuterung noch hinzugefügt, die Kausalität sei nur dann nicht vorhanden, wenn einzelne Empfehlungsempfänger unabhängig von der Preisempfehlung dieselbe Preismaßnahme durchgeführt hätten, und zwar ohne daß überhaupt eine Empfehlung abgegeben worden sei. Es komme lediglich auf eine Anregung oder Beeinflussung des Empfehlungsempfängers an. Unerheblich sei, ob die Empfehlungsempfänger "aus Bequemlichkeit, aus Unfähigkeit, selbst zu

1) Huber, S. 68; Benisch, DB 57 S. 791 (r. Sp.); Lieberknecht, MA 58 S. 243; Giefers, S. 76; v. Beringe, DB 60 S. 289, der meint, der BGH überspanne die Kausalität.

kalkulieren, oder aus sonstigen Gründen" den ihnen übermittelten Preis von ihren Kunden verlangt hätten¹⁾.

Der BGH geht also hier auch von der Entschließungsfreiheit der Empfehlungsempfänger aus, stellt aber nicht allein auf deren Beschränkung ab, sondern läßt schon eine bloße Beeinflussung genügen; denn für ihn ist entscheidend, daß eine Störung des Marktmechanismus durch gleichförmiges Verhalten und eine Beschränkung der Wahlmöglichkeiten der Kunden auf der Marktgegenseite verhindert wird²⁾.

Zu einer Störung des Marktmechanismus kann es schon dann kommen, wenn das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger lediglich auf eine Anregung zurückzuführen ist. Denn das Entscheidende an einer bloßen Anregung, einer Bedingung im Sinne der Äquivalenztheorie, ist, daß von dem Augenblick des Zugangs der Preismitteilung ab die Empfehlungsempfänger sich gleichförmig verhalten können. Eine Anregung genügt schon deshalb, weil bereits durch sie ein Wissen vermittelt werden kann, das den Empfehlungsempfängern erlaubt, sich wie ein Kartell gleichförmig zu verhalten. Unter einer Anregung darf in diesem Zusammenhang aber nicht eine bloße Meinungsäußerung oder Tatsachenmitteilung verstanden werden, sondern es muß sich in jedem Falle um eine echte Empfehlung im Sinne des Umgehungsstatbestands handeln. Eine bestimmende - also stärkere - Einflußnahme auf die Entschließung des Empfehlungsempfängers ist daher nicht erforderlich. Insofern entspricht auch allein die Bedingungstheorie der unverbindlichen Natur der Empfehlung, nämlich, daß die Empfehlungsempfänger sich letztlich frei entscheiden können, ob sie der Empfehlung folgen wollen oder nicht.

Wegen der Anwendung der Bedingungstheorie kann auch nicht

1) BGH, WuW 60 S. 350 (III 2.); Fikentscher Vertikale Freisempfehlung, S. 65; Büntig, BB 60 S. 384; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 28.

2) BGH, WuW 60 S. 350 unten.

im Rahmen der Kausalität die tatsächliche Bindung in den Umgehungstatbestand hineininterpretiert werden. Das wäre nur dann möglich, wenn man der Adäquanztheorie folgen würde, wie in den Ausführungen des OLG Hamburg im Kohlenplatzhandelsfall angedeutet¹⁾, indem man die tatsächliche Bindung als eine adäquate Bedingung ansehen würde.

D. Das umgangene Verbot.

Wenn es im Text des § 38 Abs. 2 Satz 2 heißt: "Umgehungen der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verfügung", so sind damit die zu umgehenden Verbotsvorschriften näher umschrieben worden.

Die Untersuchung soll hier aber nicht auf alle Verbote und mögliche Verstöße gegen Verfügungen der Kartellbehörden ausgedehnt, sondern auf das Verbot des § 1 beschränkt werden.

§ 1 bestimmt nicht, daß die jeweiligen Kartellverträge nichtig sind, sondern nur, daß sie unwirksam sind. Nach herrschender Meinung ist § 1 daher nur eine Unwirksamkeits-²⁾ oder Rechtsschutzverweigerungsnorm³⁾, die erst durch die ergänzende Bestimmung des § 38 Abs. 1 zu einem Verbot wird. Wegen der gesetzlichen Verweisung des § 38 Abs. 2 Satz 2 auf die "in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote" ist daher nachfolgend zu prüfen, inwieweit die einzelnen Tatbestandsmerkmale der §§ 1 und 38 Abs. 1 Nr. 1 in den Umgehungstatbestand übertragen werden müssen⁴⁾.

1) OLG Hamburg, WuW 60 S. 67 unten. Vgl. auch BGH, WuW 60 S. 350 (III 2.). Leo, AG 60 S. 99, will Kausalität und tatsächliche Bindung trennen; letztere gehöre zur Wettbewerbsbeschränkung.

2) Huber, S. 75 mit weiteren Nachweisen in Anm. 27 - 29.

3) Spengler, Über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 28.

4) Giefers, S. 73 oben; v. Renthe-Fink, WuW 60 S. 255 oben.

I. § 38 Abs. 1 Nr. 1.

Das Tatbestandsmerkmal "sich hinwegsetzen" braucht nicht in den Umgehungstatbestand übertragen zu werden, weil es im Verhältnis zum gleichförmigen Verhalten der weitere Begriff ist und der Gesetzgeber im Umgehungstatbestand allein auf das gleichförmige Verhalten abgestellt hat.

II. "Verträge", § 1.

Da die Empfehlung nicht rechtlicher, sondern tatsächlicher Natur ist, könnte man der Meinung sein, es sei durch den Wesensunterschied zwischen Kartellverträgen und Empfehlungen hinreichend begründet, das Tatbestandsmerkmal "Verträge" nicht in den Umgehungstatbestand zu übertragen.

Bei näherer Betrachtung erscheint es jedoch vorstellbar, durch die Übernahme des Tatbestandsmerkmals "Verträge" in den Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 die tatsächliche Bindung zu begründen. So führt z. B. Benisch aus¹⁾: "... es ist zwar richtig, daß die Annahme einer Umgehung nicht das Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale der umgangenen Vorschrift voraussetzt. Jedoch kann die Umgehung nicht angenommen werden, wenn ein wesentliches Tatbestandsmerkmal fehlt, sondern es muß durch ein in der Wirkung oder Bedeutung gleichwertiges Merkmal ersetzt werden. Als Äquivalent einer vertraglichen Bindung kann daher nur ein Verhältnis gelten, das auf einer Bindung anderer, tatsächlicher Art beruht".

Wenn auch oben die faktische Bindung als Wesensmerkmal der Empfehlung abgelehnt worden ist, so wäre dies doch eine ganz neue Möglichkeit, sie zu begründen.

1) Benisch, WuW 60 S. 359 (b.); vgl. hierzu auch Lieberknecht, GRUR 60 S. 355.

So wie ein Vertrag die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Kartellmitglieder bindet, gibt es auch Empfehlungen, die tatsächliche Abhängigkeitsverhältnisse zwischen dem Empfehlenden und den Empfehlungsempfängern ausnutzen und dadurch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Empfehlungsempfänger beschränken.

Das ist ganz unbestritten. Dennoch liegt die entscheidende Gemeinsamkeit der §§ 1 und 38 Abs. 2 Satz 2 nicht in einer derartigen rechtlichen bzw. tatsächlichen Bindung, sondern das GWB will mit Hilfe dieser beiden Vorschriften gleichförmiges Verhalten, das durch Vertrag oder Empfehlung hervorgerufen wird, verhindern. Während das Tatbestandsmerkmal "gleichförmiges Verhalten" im Umgehungstatbestand besonders normiert ist, ist es in § 1 nicht genannt, weil der Gesetzgeber nicht erst den Vollzug eines Kartellvertrages, sondern bereits dessen Abschluß unwirksam sein lassen wollte. Im Vergleich dazu zeigt sich bei einer mündlichen Empfehlung ein erheblicher wettbewerbswidriger Erfolg erst als Folge des gleichförmigen Verhaltens, während die Empfehlung - ohne gleichförmiges Verhalten und Umgehung betrachtet - noch nicht ordnungswidrig ist. Ein Unterschied zwischen § 1 und § 38 Abs. 2 Satz 2 besteht daher nur im ersten Teil der Handlung, die für das Zustandekommen einer Wettbewerbsbeschränkung erforderlich ist. Ein Kartell und eine Empfehlung sind also lediglich verschiedene Formen einer Initiative zu einer Wettbewerbsbeschränkung, während das gleichförmige Verhalten und der daraus sich ergebende wettbewerbswidrige Erfolg gleich sind¹⁾.

Das Gemeinsame der vertraglichen und der tatsächlichen Bindung ist ferner vor allem in der rechtlichen oder

1) Das kommt auch an mehreren Stellen im Kohlenplatzhandelsbeschuß des BGH zum Ausdruck, vgl. z. B. WuW 60 S. 349 unten.

faktischen Durchsetzbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu erblicken. Aus einem erlaubten Kartellvertrag kann ein Kartellmitglied auf Erfüllung klagen. Wenn auch der Empfehlende die Empfehlungsempfänger rechtlich nicht zwingen kann, den empfohlenen Preis von ihren Kunden zu fordern, so besteht doch in den Fällen einer Empfehlung mit tatsächlich bindender Wirkung eine gewisse faktische Durchsetzungsmöglichkeit. Von einem Kartellvertrag über die Naturalobligation, das "gentlemen agreement" und die faktisch bindende Empfehlung wird der Grad der Durchsetzbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung immer geringer. Bei einer bloß beeinflussenden Empfehlung ist auch eine tatsächliche Durchsetzungsmöglichkeit nicht mehr vorhanden. Doch kann auch sie die Ursache für eine verbotswidrige Wettbewerbslage sein. Eine Empfehlung ohne tatsächliche Bindung wird in der Regel immer dann befolgt, wenn zwischen den Empfehlungsempfängern Interessengleichheit besteht. Empfehlungen mit tatsächlicher Bindung kommen also zwar sehr häufig vor und lassen dann einen Vergleich mit der Durchsetzungsmöglichkeit von Kartellverträgen zu, sie erlauben aber deshalb noch nicht die Schlußfolgerung, daß die Durchsetzungsmöglichkeit auf Grund der tatsächlichen Bindung ein objektives Tatbestandsmerkmal ist, das notwendigerweise als Ersatz für das Tatbestandsmerkmal "Verträge" des § 1 in den Umgehungstatbestand übernommen werden müßte. Dies Ergebnis findet eine zusätzliche Begründung aus den folgenden Überlegungen zur tatsächlichen Bindung im Verhältnis der Empfehlungsempfänger untereinander und zum gleichförmigen Verhalten:

Geht man davon aus, daß ein Verbandsgeschäftsführer Empfehlungen erteilt, und betrachtet man dabei speziell das Verhältnis zwischen den einzelnen Verbandsmitgliedern, so müßte als Ersatz für eine rechtliche Bindung im Sinne

des § 1 auch eine tatsächliche Bindung zwischen den einzelnen Empfehlungsempfängern vorhanden sein¹⁾. Nur eine solche Auffassung entspräche einer genauen Übertragung des Tatbestandsmerkmals "Verträge" bzw. "Beschlüsse" in den Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2. Eine tatsächliche Bindung zwischen den Empfehlungsempfängern wird in vielen Fällen in Wirklichkeit auch vorliegen, doch hat der Gesetzgeber im Umgehungstatbestand allein auf das gleichförmige Verhalten abgestellt, also objektiv auf das Fordern gleicher Preise unter sachlich, räumlich und zeitlich gleichen Bedingungen. Insofern kommt es also gerade wegen des nur objektiven Charakters des Tatbestandsmerkmals "gleichförmiges Verhalten" im Verhältnis zwischen den Empfehlungsempfängern nicht auf eine tatsächliche Bindung an.

III. "Unternehmen".

Wegen der Übertragung des Tatbestandsmerkmals "Unternehmen oder Vereinigung von Unternehmen" ist auf die obigen Ausführungen zu der Person des Empfehlenden und der Empfehlungsempfänger zu verweisen.

IV. "Zu einem gemeinsamen Zweck".

Das Merkmal des gemeinsamen Zwecks kann nicht direkt, sondern höchstens in der abgewandelten Form der objektiven Interessengleichrichtung des Empfehlenden und der Empfehlungsempfänger in den Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 übertragen werden²⁾. Denn das Merkmal "Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck" ist durch die Empfehlung, die sich auf

1) Vgl. dazu Benisch, WuW 59 S. 8.

2) Vgl. zu dieser Problematik bei vertikalen Preisempfehlungen Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 4 und 68; ferner Kracht, BB 58 S. 466 (l. Sp. oben).

ein gleichförmiges Verhalten der Empfehlungsempfänger richtet, ersetzt. Der Empfehlende verfolgt mit der Empfehlung den Zweck, ein kartellmäßiges Verhalten der Empfehlungsempfänger ohne Abschluß eines Kartells hervorzurufen. Aus den Umständen muß sich daher im Einzelfall ergeben, daß die objektive Interessenlage des Empfehlenden und der Empfehlungsempfänger einander entsprechen und die Befolgung der Empfehlung der Erreichung eines Kartelleffekts förderlich ist. Der Empfehlende wird in der Regel klare Vorstellungen über das gemeinsame Ziel haben, während die Empfehlungsempfänger lediglich auf Grund des Inhalts der ihnen zugegangenen Empfehlung und der sonstigen Tatumstände die Interessengleichrichtung erkennen können. Wie schon bei der Untersuchung des gleichförmigen Verhaltens ausgeführt ist, kommt es jedoch nur auf das objektive Verhalten an, nicht aber auf die subjektiven Momente in der Person der Empfehlungsempfänger, weil das gleichförmige Verhalten lediglich ein objektives Tatbestandsmerkmal ist. Der gemeinsame Zweck, die Interessengleichrichtung muß daher vom Empfehlenden her betrachtet werden.

V. Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung.

Weiter ist zu prüfen, inwieweit das Tatbestandsmerkmal "soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen" in den Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 zu übertragen ist.

Die Begriffe "für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen" sind auch Tatbestandsmerkmale des § 38 Abs. 2 Satz 2. Ihre Übertragung ist unproblematisch und wegen

ihrer genauen Bedeutung ist auf die Kommentare zu § 1 zu verweisen. Ferner ist der Begriff der "Erzeugung" in dem der "Marktverhältnisse" enthalten¹⁾.

E. Der Umgehungserfolg.

Als letztes objektives Tatbestandsmerkmal des § 38 Abs. 2 Satz 2 ist nun die aus § 1 übernommene Formel "soweit sie geeignet sind, ... die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen" zu untersuchen. Berücksichtigt man auch den vom BGH verlangten tatsächlichen Eintritt der Marktbeeinflussung, so kann man dieses eng mit dem Begriff der Umgehung verbundene Tatbestandsmerkmal unter dem Sammel- und Oberbegriff "Umgehungserfolg" zusammenfassen.

I. Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung.

Die Einzelbegriffe "Marktverhältnisse" und "Wettbewerbsbeschränkung" dürfen nicht jeder für sich allein ausgelegt werden, sondern werden nur im Zusammenhang dem rechtspolitischen Zweck der §§ 1 und 38 Abs. 2 Satz 2 gerecht. Diese Begriffe sind also "kumulativ" auszulegen²⁾, was sich schon aus ihrer kausalen Verknüpfung³⁾ ergibt.

Im Schrifttum zum Empfehlungsverbot wird auf die Problematik dieser Begriffe in vielen Fällen überhaupt nicht oder nicht

1) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 42.

2) Spengler, DB 60 S. 905 (E.); Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 25 (S. 1232); Vgl. auch Brugger, WuW 59 S. 481 ff., der die Formel "geeignet, die Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung zu beeinflussen" in das Begriffspaar subjektive und objektive Wettbewerbsbeschränkung umformt, vergleichbar der formellen und materiellen Wettbewerbsbeschränkung von Borchardt/Fikentscher in ihrer Schrift "Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung".

3) Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 44; Brugger, WuW 59 S. 481 unten.

näher eingegangen. Das erklärt sich daraus, daß die Auslegung dieser Formel in erster Linie ein Problem des § 1 ist. Erst der BGH hat im Kohlenplatzhandelsfall ausdrücklich darauf hingewiesen, "daß § 38 Abs. 2 Satz 2 für die Empfehlung voraussetzt, daß sie geeignet ist, durch Beschränkung des Wettbewerbs die Marktverhältnisse zu beeinflussen, und für das gleichförmige Verhalten, daß es die Marktverhältnisse tatsächlich so beeinflußt"¹⁾.

II. Definition der Wettbewerbsbeschränkung nach Borchardt/Fikentscher.

Die Auslegung der Formel "Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung" muß im Rahmen dieser Arbeit auf speziell empfehlungsrechtliche Probleme beschränkt werden. Der Begriff des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung kann nicht von Anfang an entwickelt oder gar eine neue Definition gegeben werden. Da es z. Zt. noch keine herrschende Meinung über den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung gibt, ist es hier nur möglich, sich einer Definition anzuschließen, die dem juristischen, volkswirtschaftlichen und betriebswirtschaftlichen Wesen dieser Begriffe am ehesten gerecht wird. Bei den nachfolgenden Betrachtungen ist deshalb von dem Begriff der Wettbewerbsbeschränkung auszugehen, wie er von Borchardt/Fikentscher definiert worden ist: "Unter einer formellen Wettbewerbsbeschränkung versteht man die Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung des selbständigen Strebens sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter und Nachfrager (Mitbewerber), eines Strebens, das auf Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden) gerichtet ist und das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäfts-

1) BGH, WuW 60 S. 350. Zustimmend Benisch, WuW 60 S. 351 ff. Krahe, WuW 60 S. 479; vgl. Giefers, S. 73 oben.

bedingungen als Mittel dazu verwendet. Eine materielle Wettbewerbsbeschränkung (Marktbeherrschung) ist eine formelle Wettbewerbsbeschränkung, die das Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen durch Beschränkung der dem Kunden offenstehenden Alternativen beeinträchtigt¹⁾²⁾.

Borchardt/Fikentscher gehen nicht von dem theoretischen Modellbegriff des vollkommenen Wettbewerbs aus, sondern von einer oligopolistischen Marktverfassung, der Konkurrenz unter wenigen³⁾. Danach ist der Preis kein "Plandum" (Eucken), das der Unternehmer aus dem Markt übernimmt, sondern er kann selbst Einfluß auf den Preis nehmen, je nachdem wie stark seine Marktstellung ist. Das Wesen des Wettbewerbs hat Fikentscher⁴⁾ sehr anschaulich durch die Formel wiedergegeben: "Wettbewerb ist eine Dreiecksbeziehung zwischen zweien, die sich um die Wette um einen Dritten bewerben". Auf die Unterscheidung zwischen Wettbewerbsbeschränkung durch Maßnahmen (z. B. Abschluß eines Kartells) und durch Zustand (z. B. Patent oder Eigentum

-
- 1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 47; Borchardt/Fikentscher, S. 29; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 24 (nur formelle Wettbewerbsbeschränkung); Brugger, WuW 59 S. 467 ff; Brief des Vorsitzenden der ersten Beschlußabteilung des BKA vom 3. 8. 1959, WuW 59 S. 829; Gieffers, S. 55; Kathrein, S. 53; Spengler, DB 60 S. 905 (Anm. 13); Mees, S. 48 mit zahlreichen Nachweisen in Anm. 411 bis 413.
 - 2) Andere Definitionen des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkungen werden vertreten von Benisch, WuW 60 S. 358; Vgl. dazu auch Benisch, WuW 60 S. 843, speziell zu den Problemen der Nachfragezusammenschlüsse; Ottel, S. 37. Einen Überblick über weitere Definitionen der Wettbewerbsbeschränkung gibt Brugger, WuW 59 S. 473/474.
 - 3) Borchardt/Fikentscher, S. 10; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 36.
 - 4) Fikentscher, WuW 60 S. 684 unten.

an seltenen Bodenschätzen)¹⁾ braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da Wettbewerbsbeschränkungen mit Hilfe von Empfehlungen immer solche durch Maßnahmen sind. Wenn Borchardt/Fikentscher zwischen formeller und materieller Wettbewerbsbeschränkung unterscheiden²⁾, so versuchen sie, durch diese Trennung zwei wesentliche Strukturelemente der Wettbewerbsbeschränkung im Hinblick auf den Marktmechanismus zu erfassen. Es handelt sich dabei einmal um das Verhalten der Unternehmer auf der Angebotsseite und zum anderen um die Auswirkungen dieses Unternehmerverhaltens auf die Marktgegenseite (gesteigerter Markteinfluß³⁾). Erst wenn beide, die formelle und die materielle Wettbewerbsbeschränkung, gegeben sind, liegt auch eine Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 vor. Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Wettbewerbsbeschränkung ist erforderlich, weil es auch formelle Wettbewerbsbeschränkungen gibt, die nicht zu einer Störung des Marktmechanismus führen und die Wahlmöglichkeiten der Kunden nicht beschränken. Das trifft z. B. für Kartelle zu, die zwar abgeschlossen, aber nicht vollzogen worden sind, oder aber für Kartelle, die zwar praktiziert werden, deren Markteinfluß aber so gering⁴⁾ ist, daß die Wahlmöglichkeiten der Kunden zur Bedarfsdeckung nicht in unzumutbarer Weise beschränkt sind. Daß auch die Marktgegenseite bei der Anwendung des § 1 berücksichtigt werden muß, ergibt sich zwingend aus dem sachlichen Inhalt und der Struktur

1) Borchardt/Fikentscher, S. 30; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 53.

2) Borchardt/Fikentscher, S. 26.

3) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 46; Lukes, S. 164.

4) Vgl. dazu BGH, WuW 62 S. 680 ff. ("Spar").

des Begriffes "Marktverhältnisse" in § 1¹⁾.

Auf das Empfehlungsrecht angewendet, umfaßt eine formelle Wettbewerbsbeschränkung allein den Handlungsablauf von der Abgabe der Empfehlung bis zu deren Zugang an die Empfehlungsempfänger und die materielle Wettbewerbsbeschränkung darüber hinaus auch die Auswirkungen des empfehlungsbeeinflussten gleichförmigen Verhaltens auf die Kunden der Empfehlungsempfänger. Die besonderen Beziehungen zwischen dem Empfehlenden und den Empfehlungsempfängern einerseits und den Empfehlungsempfängern untereinander andererseits kann man auch mit dem Begriff Innenverhältnis (der den Wettbewerb beschränkende Marktseite) umschreiben, und die Folgen des empfehlungsbeeinflussten gleichförmigen Verhaltens auf die Interessen der einzelnen Kunden (und damit auch auf die Allgemeinheit) kann man als Außenverhältnis oder Außenwirkung bezeichnen.

1) Ist die tatsächliche Bindung ein Merkmal der formellen Wettbewerbsbeschränkung?

Bei der Untersuchung des Empfehlungsbegriffs war festgestellt worden, daß die tatsächliche Bindung kein Wesensmerkmal der Empfehlung ist, bei der Untersuchung des Tatbestandsmerkmals "Verträge", daß sie nicht als Äquivalent

1) Vgl. dazu die verfassungsrechtlichen Ausführungen auf S. 47. Für die Berücksichtigung der jeweiligen Marktgegenseite haben sich ferner ausgesprochen: Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 69, BB 56 S. 793; Rasch, § 1 (S. 53); Günther, MA 57 S. 43/44; Böhm, WuW 56 S. 177; speziell von den Nachfragezusammenschlüssen her gesehen, Benisch, WuW 60 S. 845 Mitte und 852; Sölter, Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, S. 37/38; OLG Frankfurt, WuW 60 S. 795.

in § 38 Abs. 2 Satz 2 übernommen werden muß, und bei der Kausalität, daß sie kein Erfordernis der Ursächlichkeit zwischen Empfehlung und gleichförmigem Verhalten ist. Bei der Erörterung dieser Probleme wurde jedoch jeweils die Frage offen gelassen, ob die tatsächliche Bindung ein Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung ist¹⁾. Wenn nunmehr diese letzte Möglichkeit zu prüfen ist, so spielen alle die abgelehnten Meinungen auch hier eine Rolle. Zumindest tauchen aber eine Reihe der oben bereits verwendeten Begriffe wie wirtschaftliche Handlungsfreiheit, Kausalität, gleichförmiges Verhalten, Schutzobjekt des GWB usw. hier wieder auf. Sie werden hier nun noch unter dem speziellen Gesichtspunkt der formellen Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten sein.

Die tatsächliche Bindung wird von den Vertretern der sog. Beschränkungstheorie²⁾ in der Weise begründet, daß sie sagen, nicht jede noch so geringe Beeinflussung der Empfehlungsempfänger sei schon eine Einengung oder Beschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der Empfehlungsempfänger³⁾. Für die sog. Einflußtheorie, nach

-
- 1) Siehe auch jene Autoren, die die tatsächliche Bindung als Merkmal der Umgehung ansehen; denn sie tragen dieselben rechtlichen Gründe vor, vgl. Völp, WRP 60 S. 117; Huber, S. 48 mit weiteren Nachweisen.
 - 2) Die Begriffe Beschränkungs- und Beeinflussungstheorie sind von Benisch, WuW 60 S. 357, geprägt worden.
 - 3) Benisch, WuW 60 S. 357, WuW 59 S. 7 ff, DB 60 S. 1177 (1. Sp.), DB 57 S. 790; Huber, S. 47; Lutz, NJW 58 S. 129; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar, § 38 Anm. 10 a; Müller-Gries, § 38 Anm. 33; Mees, S. 88 oben; Lieberknecht, GRUR 60 S. 356, MA 58 S. 240; Völp, WRP 60 S. 117 (3.); Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 22; v. Beringe, DB 60 S. 289; Leo, AG 60 S. 36 und 98 (III.); Löffler/Glaser, DB 59 S. 280; Rasch, § 38 Anm. 2 b (S. 162); Hengstenberg, WuW 58 S. 444; Strickrodt, Kritische Bestimmung der Wettbewerbsposition im GWB, S. 37. Dafür auch Schwartz, MA 58 S. 510, neuerdings aber ablehnend in MA 60 S. 706 (r. Sp.). Im "4711-Fall" hatte sich der BGH ausdrücklich weder für noch gegen die tatsächliche Bindung ausgesprochen, vgl. BGHZ 28 S. 215; das wird z.T. übersehen, z. B. von Giefers, S. 35; OLG Hamburg, WuW 60 S. 67 (letzter Absatz); Huber, S. 50 Anm. 43.

der eine Einengung des Anwendungsbereichs des § 38 Abs. 2 Satz 2 durch das Merkmal der tatsächlichen Bindung abzulehnen ist, genügt dagegen schon jede Einflußnahme mittels echter Empfehlung auf die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger¹⁾ oder jede Verringerung der Selbständigkeit des Mitbewerberstrebens der Empfehlungsempfänger, wenn dadurch ein gleichförmiges Verhalten ausgelöst und ein Umgehungserfolg bewirkt wird²⁾.

a) Beschränkungstheorie.

Die Vertreter der Beschränkungstheorie definieren die Wettbewerbsbeschränkung im Empfehlungsrecht als eine Beschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der Empfehlungsempfänger³⁾. Nach der Beschränkungstheorie kommt es daher auf den begrifflichen Unterschied zwischen einer bloßen Beeinflussung und einer Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit⁴⁾ an. Von der Intensität des Be-

-
- 1) BGH, WuW 60 S. 348; Kracht, BB 58 S. 466 (1. Sp.); Loos, BB 58 S. 177; Seydel, WRP 57 S. 255; Steindorff, JZ 59 S. 200; Würdinger, WuW 58 S. 511; Arbeitstagung der Kartellbehörden des Bundes und der Länder, WuW 59 S. 512; Becher, BB 58 S. 430 (r. Sp.); Deringer, BB 60 S. 343; Bütig, BB 60 S. 384; Giefers, S. 93; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 72; wohl auch Langen, § 38 Anm. B V 1 (S. 291). Nach einer Meldung der FAZ vom 27. 5. 1961 hat die 5. Beschlußabteilung des BKA einer Süddeutschen Uhrenfabrik verboten, vertikale Preisempfehlung für Markenartikel mit Hilfe der Ausnutzung einer tatsächlichen Bindung durchzusetzen.
 - 2) Schließlich ist noch auf Langen, § 38 Anm. B II 1 (S. 297/298) hinzuweisen, der auf die Veranlassung zur Gesetzesuntreue abstellt (vgl. auch Benisch, WuW 59 S. 7); diese Ansicht sieht das Wesentliche praktisch aber auch in der Unzulässigkeit der Erzielung einer kartellgleichen Wirkung mittels Empfehlung.
 - 3) Benisch, WuW 60 S. 358 (die beiden letzten Absätze). Siehe ferner S. 103 Anm. 3.
 - 4) Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit ist im Vergleich zur wirtschaftlichen Willens-, Entschließungs- und Bewegungsfreiheit der umfassendere Begriff; vgl. Huber, S. 36; Krahe WuW 60 S. 483; siehe ferner die Verwendung des Begriffs "Wirtschaftliche Bewegungsfreiheit" in §§ 18, 20.

einflussungswillens hergesehen kann man sehr wohl zwischen Einflußnahme und Beschränkung unterscheiden. Eine bloße Beeinflussung schließt noch nicht die Freiwilligkeit aus. Im Gegenteil, bei der Einflußnahme kann der Empfehlungsempfänger noch völlig frei entscheiden. Das hat auch der BGH im Kohlenplatzhandelsbeschuß betont, indem er sagte: "Er (der Empfehlungsempfänger) kann sich für oder gegen die Empfehlung entscheiden, sie befolgen oder unbeachtet lassen"¹⁾.

Wenn dagegen jemand in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beschränkt ist, so kann er nicht mehr ohne Rücksicht auf den die Freiheit beschränkenden Umstand entscheiden. Im übrigen ist jeder menschliche Willensentschluß irgendwelchen fremden Einflüssen ausgesetzt. Im Bereich des Rechts und der Wirtschaft ist dagegen die Entschließungsfreiheit nur dann eingeengt, wenn der Beeinflusste sich nicht mehr für das entscheiden kann, was er für richtig hält, weil die Überwindung der Schwierigkeiten unzumutbar ist²⁾, d. h. wirtschaftliche, gesellschaftliche oder sonstige Abhängigkeitsverhältnisse die Ausübung der Entschließungsfreiheit verbieten.

Hieraus ergibt sich einmal, daß eine Ablehnung der tatsächlichen Bindung allein mit Hilfe des Gedankens der Beeinflussung der wirtschaftlichen Entschließungs- bzw. Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger unscharf und nicht überzeugend ist, weil begrifflich ein Unterschied zwischen einer Beschränkung und einer Einflußnahme besteht. Zum anderen folgt aus dem Begriff **B e s c h r ä n k u n g** des Wettbewerbs, daß die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Empfehlungsempfängers durch den Empfehlenden mittels einer wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder sonstigen Bindung eingeengt sein muß. Demnach wäre nach der Beschränkungstheorie nur eine Empfehlung mit tatsächlicher Bindung ordnungswidrig.

1) BGH, WuW 60 S. 348 (I 1. Abs. 2).

2) Vgl. Benisch, WuW 60 S. 359 oben.

b) Einflußtheorie.

Indessen ist die der Beschränkungstheorie zugrunde liegende Definition der Wettbewerbsbeschränkung als einer Einengung, Beseitigung oder Beschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit der Empfehlungsempfänger zu eng, zu einseitig¹⁾ und nicht richtig, weil sie nicht die Auswirkungen des empfehlungsbeeinflussten gleichförmigen Verhaltens auf den Marktmechanismus berücksichtigt²⁾ und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Kunden auf der Marktgegenseite in keiner Weise in Betracht zieht.

Geht man davon aus, daß das Schutzobjekt des GWB das Funktionieren des Marktmechanismus ist, so läßt sich mit Hilfe der Beschränkungstheorie die tatsächliche Bindung nicht begründen. Wenn die Empfehlungsempfänger durch eine Empfehlung ohne tatsächliche Bindung nur beeinflusst sind, ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit also erhalten ist, und sie aus freiem Entschluß den mitgeteilten Preis übernehmen³⁾, kann es doch zu einem gleichförmigen Verhalten kommen, das das freie Spiel von Angebot und Nachfrage stört⁴⁾. Wohlgermerkt, es handelt sich in diesem Fall nicht

1) Giefers, S. 82; Gabriel, MA 60 S. 251; vgl. historisch dazu Fikentscher, WuW 55 S. 217.

2) Beim Kartellvertrag steht zwar die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit im Vordergrund, doch sind in Wirklichkeit die Außenwirkungen, das durch die Kartellmitglieder praktizierte gleichförmige Verhalten das Entscheidende.

3) Nach Gabriel, MA 60 S. 247 ff., sagt das Vorhandensein wirtschaftlicher Handlungsfreiheit noch nichts über das tatsächliche Marktverhalten (der Empfehlungsempfänger) aus. Nach Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 72, kann die Umgehung schon dadurch verwirklicht werden, daß sich die Wiederverkäufer freiwillig aus eigenen Interessen den empfohlenen Preis zu eigen machen. Dgl. Giefers, S. 93.

4) In dem Sinn sind wohl auch die Ausführungen des BGH im Kohlenplatzhandelsbeschuß, WuW 60 S. 349, zu verstehen, wenn es dort heißt: "Sein (des GWB) Anliegen ist es vielmehr, ihre (der Empfehlung) wettbewerbsbeschränkende Wirkung, das - wie beschlusgebundene - gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger zu unterbinden". Siehe auch Günther, MA 57 S. 41.

um ein zufälliges gleichförmiges Verhalten, das verschiedene Ursachen haben kann, wie oben beim Tatbestandsmerkmal des gleichförmigen Verhaltens ausführlich dargelegt. Es liegt vielmehr in diesem Fall eine echte Empfehlung vor, die ein kartellartiges gleichförmiges Verhalten und damit eine Störung des Marktmechanismus hervorruft.

Die tatsächliche Bindung ist ferner dann abzulehnen, wenn man als Schutzobjekt des GWB nicht nur die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger ansieht, sondern auch die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktgegenseite mit berücksichtigt. Es genügt schon, wenn die Auswirkungen auf die Marktgegenseite lediglich tatsächlich beachtet werden. Derartige Auswirkungen sind dann vorhanden, wenn durch eine Empfehlung ohne tatsächliche Bindung, die zu einem gleichförmigen Verhalten geführt hat, die dem Kunden offenstehenden alternativen Warenangebote so beschränkt werden, daß der Kunde seinen Bedarf nur durch Überwindung unzumutbarer Schwierigkeiten bei nicht empfehlungsbeeinflussten Unternehmen decken kann. Zu dieser Konsequenz kommt man notwendigerweise, wenn man mit Borchardt/Fikentscher's Definition der materiellen Wettbewerbsbeschränkung auf die dem Kunden verbleibenden Wahlmöglichkeiten abstellt.

Untersucht man schließlich die tatsächliche Bindung nicht vom Marktmechanismus und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger her, sondern betrachtet sie von Borchardt/Fikentscher's Definition der formellen Wettbewerbsbeschränkung¹⁾ und dabei insbesondere von der

1) Vgl. dazu die besondere rechtliche Begründung Fikentschers, Vertikale Preisempfehlung, S. 72, zu §§ 15 ff, wo er insbesondere auf die Beschränkung der Wahlmöglichkeiten der nachgeordneten Wirtschaftsstufe abstellt.

Betonung der Selbständigkeit des Mitbewerberstrebens¹⁾ aus, dann ist ersichtlich, daß die Selbständigkeit des Strebens der Empfehlungsempfänger schon dann verringert ist, wenn infolge einer Preismitteilung sämtliche Empfehlungsempfänger den empfohlenen Preis übernehmen und ihn von ihren Kunden fordern. Denn zur Auslösung eines gleichförmigen Verhaltens der Empfehlungsempfänger genügt es, daß eine echte Empfehlung jedem Empfehlungsempfänger das Wissen vermittelt²⁾, von einem bestimmten Zeitpunkt an für bestimmte Waren einen bestimmten Preis zu nehmen. Eine derartige Beeinflussung durch eine Empfehlung (ohne tatsächliche Bindung) zu einem gleichförmigen Verhalten verringert schon die Selbständigkeit des Mitbewerberstrebens, die eine Grundvoraussetzung für das Funktionieren des Marktmechanismus und den Leistungswettbewerb ist. Denn die Anbieter geben ihre Angebote dann nicht mehr unabhängig, sondern in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis ab.

-
- 1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 65 Mitte; Brugger, WuW 59 S. 484; Giefers, S. 82. Die Selbständigkeit des Mitbewerberstrebens oder die der Willensbildung der Empfehlungsempfänger kann man andererseits rechtlich auch so konstruieren, daß die Selbständigkeit - unausgesprochen - ein wesentliches Element der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger ist. Das entspricht ganz dem Sinn der vom BGH im Kohlenplatzhandelsbeschuß vertretenen Meinung, daß schon jede Beeinflussung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger verbotswidrig ist, BGH, WuW 60 S. 350. Mees, S. 77 oben, betont die Selbständigkeit des Marktverhaltens der Wettbewerber. Vgl. auch Strickrodt, Kritische Bestimmung der Wettbewerbsposition im GWB, S. 36 ff., der jedoch auf die rechtliche Selbständigkeit abstellt.
 - 2) Wohlgermerkt: Wissensvermittlung durch eine Preismitteilung mit Beeinflussungswillen, wie oben beim gleichförmigen Verhalten und der Kausalität dargelegt. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Benisch, DB 60 S. 1176 (vor 2.) meint, für die Vertreter der Einflußtheorie genüge schon jede Verursachung gleichförmigen Verhaltens, falls mit diesem Satz nicht allein zu Problemen der Kausalität Stellung genommen werden sollte.

Von einer autonomen Preisbildung der einzelnen Unternehmen, von der Selbständigkeit ihrer unternehmerischen Planung kann dann nicht mehr gesprochen werden. Der Grundsatz der freien und selbstverantwortlichen Preisbildung in der Marktwirtschaft verlangt aber die Beachtung dieser Prinzipien. Es ist deshalb nicht erforderlich, daß die Empfehlungsempfänger sich in einem wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder sonstigen Abhängigkeitsverhältnis vom Empfehlenden befinden. Eine solche tatsächliche Bindung hätte nur die Folge, daß die Wahrscheinlichkeit größer wäre, daß z. B. die Verbandsmitglieder der Empfehlung auch wirklich folgten. Der rechtlich unverbindlichen Natur der Empfehlung entspricht es jedoch, daß die Empfehlungsempfänger letztlich frei entscheiden können, ob sie der Empfehlung folgen wollen oder nicht¹⁾.

Zur tatsächlichen Bindung ist daher festzustellen: Es ist nicht mit der Beschränkungstheorie allein auf die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Empfehlungsempfänger abzustellen, sondern mit der Einflußtheorie auf die Verringerung der Selbständigkeit des Mitbewerberstrebens und die Auswirkung des empfehlungsbeeinflussten gleichförmigen Verhaltens der Empfehlungsempfänger auf den Marktmechanismus und die Wahlmöglichkeiten der Kunden. Die tatsächliche Bindung ist also auch kein Merkmal der formellen Wettbewerbsbeschränkung.

r .

1) BGH, WuW 60 S. 348. Pinder, NJW 58 S. 580 (r. Sp. Mitte), kommt gleichfalls zu einer Ablehnung der tatsächlichen Bindung und deren Unvereinbarkeit mit § 38 Abs. 2 Satz 2, weil die Unverbindlichkeit der Empfehlung ein Kriterium ist, das das Erfordernis der Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Empfehlungsempfänger ausschließt.

2) Die materielle Wettbewerbsbeschränkung.

Die Auswirkungen des empfehlungsbeeinflussten gleichförmigen Verhaltens auf die Kunden können dem Grade nach sehr unterschiedlich sein. Sie können so schwach sein, daß das freie Spiel von Angebot und Nachfrage dadurch nicht beeinflusst wird¹⁾. Sie können aber auch so stark sein, daß die Kunden sich nur gleichen, überhöhten Preisen gegenübersehen. Den Kunden ist es dann wegen der Außenwirkung²⁾ des gleichförmigen Verhaltens unmöglich, mit den Empfehlungsempfängern irgendwelche Preise auszuhandeln, die von dem empfohlenen Preis abweichen. Zwischen diesen beiden extremen Fällen gibt es zahllose Übergänge. Schwächere Einflüsse sind noch mit dem GWB vereinbar; denn - wie oben schon angedeutet - die Beeinflussbarkeit des Marktes ist geradezu ein Kriterium der oligopolistischen Marktverfassung. Das zeigt sich auch daran, daß der Gesetzgeber nicht jede Marktbeeinflussung schlechthin verboten hat, sondern nur solche Beeinflussungen, die durch Wett-

1) Vgl. BGH, WuW 62 S. 680 ff. ("Spar").

2) Die Frage der Wirkung ordnungswidriger Empfehlungen ist von dem Problem des § 1, ob die Wettbewerbsbeschränkung Vertragsinhalt sein muß oder ob sie als bloße Wirkung genügt (vgl. z. B. Spengler, WuW 60 S. 757/758, DB 60 S. 905; Fikentscher, WuW 60 S. 681; Krahe, WuW 59 S. 615), zu unterscheiden. Ein für das Empfehlungsrecht vergleichbarer Fall der Wirkung läge nur dann vor, wenn eine bloße Preismitteilung (also ohne Beeinflussungswillen) die Wirkung einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung hätte. Das ist praktisch durchaus möglich, jedoch fehlt es dann an dem typischen Merkmal einer echten Empfehlung, eben dem Beeinflussungswillen. Im übrigen ist es gerade der wesentliche Inhalt und Zweck einer wettbewerbswidrigen Empfehlung, durch gleichförmiges Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung hervorzurufen, so daß § 38 Abs. 2 Satz 2 nur solche vergleichbaren Fälle des § 1 erfaßt, in denen eine Verpflichtung zu einer Wettbewerbsbeschränkung enthalten sein würde.

bewerbsbeschränkung hervorgerufen werden, z. B. durch ein Kartell oder eine Empfehlung. Ordnungswidrig im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 können Empfehlungen daher nur sein, wenn sie durch das gleichförmige Verhalten zu einer gesteigerten Marktbeeinflussung führen¹⁾.

Die für das freie Spiel von Angebot und Nachfrage erforderliche Zahl von Alternativen im Warenangebot der Empfehlungsempfänger ist einmal dann nicht vorhanden, wenn sämtliche Empfehlungsempfänger die Empfehlung befolgen. Ferner sind die erforderlichen Wahlmöglichkeiten für den Kunden dann nicht gegeben, wenn es ihnen unzumutbare Schwierigkeiten bereitet, ihren Bedarf z. B. bei entfernt wohnenden nicht empfehlungsbeeinflussten Anbietern zu decken, weil die zu kaufende Ware durch die Transportkosten zu teuer werden würde.

Auf die Bedeutung dieses Strukturelements, das von Borchardt/Fikentscher kurz materielle Wettbewerbsbeschränkung genannt wird, ist auch vom BGH im Kohlenplatzhandelsbeschluß hingewiesen worden. Der BGH bzw. das OLG Hamburg als Tatsacheninstanz hat die Entscheidung davon abhängig gemacht, daß die Hamburger Kohlenendverbraucher ihren Bedarf an Kohle ohne Schwierigkeiten noch bei solchen Kohlenhändlern decken konnten, die die Empfehlung nicht

1) Vgl. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 70 ff.

befolgt hatten¹⁾.

Wenn auch diese Begründung des BGH grundsätzlich überzeugend und rechtspolitisch zweckmäßig ist, weil eine ausreichende Zahl von alternativen Warenangeboten regelmäßig ein Zeichen für das Funktionieren des Marktmechanismus ist, so taucht damit doch sofort ein neues Problem auf. Denn zur Feststellung einer ausreichenden Zahl von Alternativen gehört notwendigerweise auch die Feststellung des jeweils relevanten Marktes²⁾, ein Problem, auf dessen erhebliche Schwierigkeiten noch in einem besonderen Unterabschnitt einzugehen ist.

Wenn hier also festgestellt werden kann, daß der BGH den Kohlenplatzhandelsfall auch mit Hilfe der materiellen Wettbewerbsbeschränkung entschieden hat (zumindest aber inhaltlich auf dieselben Strukturelemente abstellt wie Borchardt/Fikentscher), so hat er in seinen Beschlußgründen noch andere Probleme angeschnitten, die mit der Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung in engem Zusammenhang stehen.

1) BGH, WuW 60 S. 351; OLG Hamburg, WuW 60 S. 68; Völp, WRP 58 S. 326; vgl. auch Benisch, WuW 60 S. 352; ferner Lukes, S. 162; Krahe, WuW 60 S. 478 unten; LG Berlin, WuW 59 S. 585 unten (Allgemeine Ortskrankenkasse); Deringer in Biedenkopf-Callmann-Deringer, S. 70; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 45 (S.186); Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 43; Brugger, WuW 59 S. 482 unten; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 72; Deringer, BB 60 S. 343; Begründung zum Entwurf des GWB (BT-Drucksache Nr. 1158, 2. Wahlperiode) S. 22 (1. Sp.) mit Ausführungen über die Freiheit der Konsumwahl und die Gefahr der Übervorteilung des Verbrauchers; Gutachten des BMW über die Empfehlung von Geschäftsbedingungen vom 9. 6. 1950, wiedergegeben bei Müller-Gries, § 38 Anm. 19 (S. 251); OLG Frankfurt, WuW 60 S. 793 (Schlechterstellung der Endverbraucher durch Gebietsaufteilung einer Großhandelskette). Schon in RGZ 20 S. 117 unten, ist bei der Frage des Monopolmißbrauchs auf die Ausweichmöglichkeiten der Kunden abgestellt. Siehe ferner Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 22 Anm. 51; Würdinger, WuW 58 S. 516.

2) Vgl. Deringer, BB 60 S. 343; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 45 (S. 186); Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 22 Anm. 18 - 31; Günther, Relevanter Markt, S. 3 ff.

a) Eignung zur Marktbeeinflussung.

Bei der Schaffung des GWB war die Forderung erhoben worden, den großen Anwendungsbereich des § 1 dadurch einzuschränken, daß es sich immer um eine "wesentliche" Marktbeeinflussung handeln müsse. Dieser Begriff ist aber absichtlich nicht als Tatbestandsmerkmal in § 1 normiert worden, sondern es ist lediglich auf die objektive Eignung eines Kartellvertrages abgestellt. Denn der Begriff der Wesentlichkeit ist nur mit Hilfe anderer, zusätzlicher Kriterien bestimmbar. Ferner kann an der Verfolgung unbedeutender Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen schon das öffentliche Interesse fehlen, § 81 Abs. 2. Das ergibt sich ganz eindeutig aus dem Text des § 1 und aus dem Protokoll des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages¹⁾.

Geht man demnach zunächst allein von der Eignung zur Marktbeeinflussung aus, so genügt für eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2, daß nur zwei Empfehlungsempfänger mit einem geringen Marktanteil die Empfehlung befolgen. Es liegt dann bereits eine Marktbeeinflussung vor²⁾, mag sie sich praktisch auch noch nicht auswirken. Der Anwendungsbereich des Umgehungstatbestandes würde dadurch erheblich vergrößert werden, das Problem des relevanten Marktes nicht solche Schwierigkeiten bereiten, und in Fällen leichterer Verstöße könnte man ein niedriges Bußgeld verhängen oder gem. § 81 Abs. 2 überhaupt von einer Verfolgung absehen. Ein solches Verfahren wäre wohl sehr

1) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des Bundestages, 2. Wahlperiode (zu Drucksache 3644) abgedruckt im Gemeinschaftskommentar Müller-Henneberg-Schwartz, Anhang E, S. 1175. Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 45 (S. 185 letzter Absatz); Haberkorn, GRUR 60 S. 367 (r. Sp.).

2) Vgl. die Auffassung der Kartellbehörden des Bundes und der Länder, Tagung vom 5./6. November 1958, WuW 58 S. 779, und den Hinweis auf die Beschwerdebegründung im Kohlenplatzhandelsbeschluss des OLG Hamburg bei Benisch, WuW 60 S. 352 Anm. 3. Siehe ferner die Unterlassungsanordnung des BVM vom 19.9.1957, BB 57 S. 1088. Gegen die Anwendung des § 1 auf Bagatelldfälle Langen, § 1 Anm. III 3 a - c.

praktikabel, indessen würde dann die materielle Wettbewerbsbeschränkung nicht berücksichtigt werden. In manchen Fällen könnten noch genügend Wahlmöglichkeiten vorhanden sein, so daß auch der Marktmechanismus nicht gestört wäre. Im übrigen wäre aber eine derartige Vereinfachung der Rechtsverfolgung mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar.

b) Die tatsächliche Marktbeeinflussung, der Umgehungserfolg.

Feiner genügt für § 38 Abs. 2 Satz 2 die bloße Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung deshalb nicht, weil das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger die Marktverhältnisse tatsächlich beeinflussen muß¹⁾. Das Erfordernis des effektiven Eintritts der Marktbeeinflussung ergibt sich einmal aus dem "Sich-hinwegsetzen" über das Kartellverbot im Sinne des § 38 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit §§ 1 und 38 Abs. 2 Satz 2²⁾, ferner aus dem sachlichen Inhalt des Tatbestandsmerkmals "gleichförmiges Verhalten"³⁾ und drittens aus Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2 Satz 2, der empfehlungsbeeinflussten gleichförmiges Verhalten verbietet, wenn dadurch eine Umgehung bewirkt worden ist. Der Unterschied zwischen § 1 und § 38 Abs. 2 Satz 2 zeigt sich in dieser Frage also schon in der Verwendung des Tatbestandsmerkmals "insoweit sie geeignet sind ..." und des Begriffs "die eine Umgehung ... bewirkt haben"⁴⁾. Wenn man auch in § 38 Abs. 2

1) BGH, WuW 60 S. 350 unten; Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 23; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.) § 38 Anm. 27.

2) OLG Hamburg, WuW 60 S. 67 (letzter Absatz).

3) BGH, WuW 60 S. 349 unten; a. A. Büntig, BB 60 S. 384.

4) Wegen dieses Unterschieds zwischen § 1 und § 38 Abs. 2 Satz 2 kann man nicht sagen, der BGH sei in seiner sog. "Spar"-Entscheidung, WuW 62 S. 680 ff., nach der schon "jede nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten" eine Marktbeeinflussung darstellt, von den Beschlußgründen im sog. Kohlenplatzhandelsfall, WuW 60, S. 348 ff. abgewichen.

Satz 2 auf die bloße Eignung¹⁾ hätte abstellen wollen, so hätte man besser in Anlehnung an § 1 folgendermaßen formuliert: "Wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die geeignet sind, eine Umgehung der in diesem Gesetz ausgesprochenen Verbote ... zu bewirken".

Das empfehlungsbeeinflusste gleichförmige Verhalten im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 muß also dieselbe Wirkung haben wie das gleichförmige Verhalten eines praktizierten Kartells²⁾. Für § 38 Abs. 2 Satz 2 kommt es daher - wie schon mehrfach angedeutet - auf einen Umgehungserfolg an. Wenn von einer größeren Zahl von Empfehlungsempfängern nur zwei mit einem sehr kleinen Marktanteil die Empfehlung befolgen, so kann man sicher nicht davon sprechen, daß die Empfehlung eine Umgehung b e w i r k t hat. Es liegt dann nur ein Mißerfolg vor, weil das Ziel, das der Empfehlende sich gesetzt hatte, nicht erreicht worden ist³⁾. Der Umgehungserfolg tritt vielmehr erst dann ein, wenn dem Kunden nicht mehr genügend Wahlmöglichkeiten zu seiner Bedarfsdeckung zur Verfügung stehen⁴⁾.

-
- 1) Benisch, WuW 60 S. 353, stimmt dem BGH im Ergebnis zwar zu, greift aber dessen rechtliche Konstruktion der tatsächlichen Marktbeeinflussung an. Er meint, es genüge, allein auf die Eignung zur Marktbeeinflussung im Sinne des § 1 abzustellen. Dem widerspricht aber die hier dargestellte rechtliche Konstruktion der tatsächlichen Marktbeeinflussung, die vom Gesetzestext des § 38 Abs. 2 Satz 2 ausgeht und den Unterschied zu § 1 aufzeigt.
 - 2) So wohl auch die Arbeitstagung der Kartellbehörden des Bundes und der Länder am 22./23. IV. und am 23./24. VI. 1959 in Berlin, WuW 59 S. 513.
 - 3) Völp, WRP 60 S. 118; LG Düsseldorf, WuW 60 S. 650 ("Filtransportfall"); Giefers, S. 92 und 95; Kracht, BB 58 S. 466 (1. Sp.); LG Köln, BB 58 S. 462 (r. Sp. oben); Loos, BB 58 S. 177, 58 S. 1219; Huber, S. 98 oben; Müller-Gries, § 38 Anm. 29; OLG Düsseldorf, WuW 56 S. 68; Lieberknecht, MA 58 S. 243; v. Beringe, DB 60 S. 289; Würdinger, WuW 58 S. 515; Hoth, WRP 59 S. 210 (1. Sp.).
 - 4) Vgl. dazu Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 65 Anm. 57 unten; Völp, WRP 58 S. 330 (r. oben); Deringer, BB 60 S. 343.

c) Das Verhältnis von tatsächlicher und wesentlicher Marktbeeinflussung.

Der BGH hat im Kohlenplatzhandelsbeschuß ausgeführt¹⁾, daß das gleichförmige Verhalten einiger weniger Kohlenhändler (Empfehlungsempfänger) "nicht die Kraft gehabt habe, den Hamburger Kohlenmarkt zu beeinflussen". Das sei aber nicht eine Frage der Wesentlichkeit der Marktbeeinflussung, sondern die Vorinstanz, das OLG Hamburg, habe auf eine davon verschiedene Frage abgestellt, nämlich, das die Empfehlung nicht von einem wesentlichen Teil der Mitglieder des Vereins der Hamburger Kohlenhändler befolgt worden sei. Denn von 700 Kohlenhändlern hätten sich nur 11 % dem empfohlenen Verhalten angeschlossen und durch deren Betriebe seien nur 5 % des gesamten jährlichen Kohlenumsatzes gegangen.

Diese Argumentation des BGH ist deshalb nicht überzeugend, weil man in dem Befolgen der Empfehlung durch eine größere Zahl von Empfehlungsempfängern gerade diejenigen Tatsachen erblicken kann, die die Norm "wesentliche Marktbeeinflussung" ausgefüllt hätten, wenn sie als Tatbestandsmerkmal in § 1 enthalten wäre.

Wegen dieser Unklarheit in den Ausführungen des BGH könnte man der Ansicht sein²⁾, der BGH habe im Kohlenplatzhandelsbeschuß das Merkmal der Wesentlichkeit der Marktbeeinflussung praktisch wieder eingeführt. Dem ist aber nicht zuzustimmen; denn betrachtet man diese Frage primär vom Vorhandensein der dem Kohlenendverbraucher offenstehenden Alternativen her, so handelt es sich hier speziell um die Frage, ob eine materielle Wettbewerbsbeschränkung im Sinne

1) WuW 60 S. 350/351.

2) Vgl. Haberkorn, GRUR 60 S. 367.

von Borchardt/Fikentscher vorhanden war oder nicht. Durch den Hinweis auf die noch vorhandenen Wahlmöglichkeiten, deren notwendige Voraussetzung es war, daß nur einzelne Mitglieder des Kohlenhändlervereins der Empfehlung folgten, haben das OLG Hamburg und der BGH also inhaltlich auf die materielle Wettbewerbsbeschränkung als untergeordnetes Merkmal der Umgehung im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 abgestellt, nicht aber auf die Wesentlichkeit der Marktbeeinflussung.

Um einer Verwechslung des in § 1 absichtlich nicht normierten Begriffs der Wesentlichkeit der Marktbeeinflussung mit dem Begriff der tatsächlichen Marktbeeinflussung des § 38 Abs. 2 Satz 2 vorzubeugen, würde es daher besser sein, den Begriff "tatsächliche Marktbeeinflussung" nicht zu verwenden, sondern mit dem Begriff des Umgehungserfolges zu arbeiten¹⁾. Inhalt und Umfang des Umgehungserfolges ist den gesetzlich verknüpften Tatbeständen der §§ 1 und 38 Abs. 2 Satz 2 zu entnehmen, wie oben bereits dargelegt.

III. Marktanteil und Marktlage.

Die materielle Wettbewerbsbeschränkung ist immer vom Standpunkt der Empfehlungsempfänger und der Kunden zugleich zu betrachten. Von den Empfehlungsempfängern hergesehen ist insbesondere der Einfluß auf den Markt durch das empfehlungsbeeinflusste gleichförmige Verhalten zu untersuchen, während von der Seite der Kunden hergesehen, derselbe Tatsachenkomplex durch die Frage umschrieben werden kann, ob den Kunden ohne unzumutbare Schwierigkeiten noch genügend Wahlmöglichkeiten zu ihrer Bedarfsdeckung zur Verfügung stehen. Sind horizontale Preisempfehlungen ausgesprochen worden und den Empfehlungsempfängern zugegangen, so ist der konkrete Ansatzpunkt für die Frage der Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung immer die

1) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 65 Anm. 57, spricht hier nur von "Umgehung".

Prüfung der Preisgestaltung der Empfehlungsempfänger, und zwar unter dem Gesichtspunkt, ob die Empfehlungsempfänger seit dem Zugang der Empfehlung dieselben Preise oder Preisbestandteile von ihren Kunden gefordert haben.

Zur Feststellung des Einflusses auf den Markt bzw. zur Feststellung der noch vorhandenen Zahl von Alternativen für den Kunden gibt es zahlreiche Kriterien. Der bekannteste dieser Maßstäbe ist der sogenannte Marktanteil, dessen exakte Bestimmung und rechtliche Bedeutung aber noch umstritten ist¹⁾ und im wesentlichen von der Weite oder Enge des jeweils relevanten Marktes abhängt. Die Marktverhältnisse zwischen Empfehlungsempfängern und Kunden sind in schwierigen Fällen ferner im Hinblick auf die folgenden Merkmale zu prüfen: die "Zahl, Größe und Unabhängigkeit der Wettbewerber, Lieferanten oder Nachfrager, Käufer- und Verkäufermarktsituation, Wettbewerbsintensität, Entstehen neuer und Verschwinden alter Wettbewerber innerhalb einer längeren Periode, Schwankungen der Umsatzanteile und Kundenbeziehungen, Elastizität von Angebot und Nachfrage, Reagibilität der Branche auf Änderungen von Marktfaktoren, wirtschaftliche Bedeutung der betreffenden Ware oder Leistung, Bestehen besonderer gesetzlicher Marktregelungen usw."²⁾. Daraus erhellt, daß die Feststellung der Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung eine sehr komplizierte Frage ist, die nur immer im Einzelfall mit Hilfe juristischer, volkswirtschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Wertungen

1) Für das Abstellen auf den Marktanteil sind das OLG Hamburg, WuW 60 S. 66; der BGH, WuW 60 S. 347; zur Problematik des Marktanteils vgl. ferner OLG Düsseldorf, BB 55 S. 1069; Benisch, WuW 60 S. 848; OLG Nürnberg, BB 56 S. 60; Lukes, S. 166 Anm. 49 und 50 mit weiteren Nachweisen. Vgl. ferner Callmann in Biedenkopf-Callmann-Deringer, S. 37 ff (für das amerikanische Antitrustrecht). Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 45 Mitte; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 22 Anm. 53.

2) Benisch, WuW 60 S. 848; vgl. auch Günther, Relevanter Markt, S. 18; Deringer in Biedenkopf-Callmann-Deringer, S. 70.

entschieden werden kann¹⁾.

IV. Der jeweils relevante Markt.

Schon oben beim Begriff der materiellen Wettbewerbsbeschränkung ist darauf hingewiesen worden, daß die Frage nach dem jeweils relevanten Markt²⁾ notwendigerweise gleich mit der Frage, ob dem Kunden noch Alternativen zur Bedarfsdeckung verblieben sind, gestellt werden muß. Das Problem des jeweils maßgeblichen Marktes ist von weitreichender Bedeutung. Häufig hängt gerade von der Weite oder Enge der jeweiligen Marktgrenzen die Entscheidung eines Rechtsstreits ab³⁾. Im GWB ist der Begriff des Marktes nicht definiert. Rechtsprechung und Lehre⁴⁾ haben erst wenige abstrakte Kriterien für die Feststellung des jeweils relevanten Marktes herausgearbeitet, so daß die Bestimmung der Marktgrenzen häufig große praktische Schwierigkeiten bereitet⁵⁾. Es soll hier ein Über-

-
- 1) Vgl. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S. 71.
 - 2) Zu den nachfolgenden Ausführungen siehe Günther, Relevanter Markt, S. 3 ff; neuestens auch Barnickel, WuW 61 S. 246, der auf weitere ergänzende Gesichtspunkte hinweist; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 22 Anm. 18 - 31.
 - 3) Vgl. OLG Nürnberg, BB 56, S. 60 ("Brötchen-Fall"); oder den sehr anschaulichen "Zellophan-Fall" der amerikanischen Rechtssprechung, wiedergegeben bei Schwenk, WuW 60 S. 7/8; ferner den Kohlenplatzhandelsfall, WuW 60 S. 348 ff., wo letztlich fraglich bleibt, ob ganz Hamburg einen Kohlenmarkt bildet oder jeweils immer nur ein Stadtteil.
 - 4) Vgl. die Entwicklung der deutschen Rechtssprechung bei Günther, Relevanter Markt, S. 13.
 - 5) Lukes, S. 166; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar § 1 Anm. 45 (S. 186); Günther, Relevanter Markt, S. 3; Borchardt/Fikentscher, S. 53 ff; Langen, § 22 Anm. III 3; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 18; Benisch, WuW 60 S. 353 und 847.

blick über die z. Zt. herrschende Methode¹⁾ zur Feststellung des relevanten Marktes gegeben werden.

1) Volkswirtschaftliche Kriterien.

Bei der Feststellung der Grenzen eines Marktes im Sinne des § 1 müssen neben juristischen in besonderem Maße volkswirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden, da der Markt primär eine Erscheinung des wirtschaftlichen Lebens ist.

Die volkswirtschaftliche Theorie hat sich lange Zeit mit einer sehr allgemein gehaltenen Definition des Marktes zufrieden gegeben, wonach jedes Sichtreffen von Angebot und Nachfrage den Tatbestand des Marktes erfüllt²⁾. Diese Begriffsbestimmung stellt jedoch nur auf die Struktur und die Art und Weise des Funktionierens eines Marktes ab, so daß sich mit ihrer Hilfe über die Grenzen eines Marktes nichts sagen läßt. Die Bestimmung der Marktgrenzen ist aber gerade das besondere Anliegen des Kartellrechts.

Erst die neuere volkswirtschaftliche Lehre hat die folgenden drei Marktabgrenzungskriterien herausgearbeitet³⁾: So wird einmal allein auf die physisch-technische Ähnlichkeit oder Produktionsverwandtschaft verschiedener Güter abgestellt, d. h., die Marktabgrenzung wird von dem

1) Günther, Relevanter Markt, S. 3; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 72/73; Deringer in Biedenkopf-Callmann-Deringer, S. 69 ff (vom amerikanischen Recht ausgehend); Schwenk, WuW 60 S. 3; Mayer-Jegelin, § 1 Anm. 9; Rasch, § 1 Anm. 3; Bericht des BKA für das Jahr 1958 S. 39; a. A. wohl Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 47, der unter Hinweis auf Lukes, S. 163 ff., die Bestimmung des maßgeblichen Marktes im Rahmen des § 1 für überflüssig hält.

2) Günther, Relevanter Markt, S. 3 unten.

3) Vgl. Willeke, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 1959, Stichwort "Marktformen"; Günther, Relevanter Markt, S. 4 ff; v. Stackelberg, S. 18, bezieht in seine Definition des Marktbegriffs auch räumliche und zeitliche Marktgrenzen mit ein.

jeweiligen Gut her vorgenommen (z. B. Spalttabletten, Thomapyrin). Andere volkswirtschaftliche Autoren bestimmen die Marktgrenzen nach den Substitutionsbeziehungen einzelner Güter untereinander, d. h., die Marktabgrenzung wird von der subjektiven Bedarfsbefriedigung der Marktgegenseite aus betrachtet (z. B. Butter und Margarine als Nahrungsmittel). Und drittens wird als Abgrenzungsmerkmal von der subjektiven Markt- und Absatzplanung der Unternehmer ausgegangen¹⁾, wobei der Unternehmer bestimmte Reaktionen der Marktgegenseite im voraus berücksichtigt, d. h., das Kriterium für die Grenze eines Marktes ist die Analyse der jeweiligen Wirtschaftspläne der Unternehmer²⁾.

2) Kartellrechtliche Kriterien.

Diese drei volkswirtschaftlichen Kriterien sind von der kartellrechtlichen Literatur und Rechtsprechung übernommen worden. In den vorstehend erwähnten einfach liegenden Fällen reichen sie zur Abgrenzung eines Marktes aus. Es kann dann bereits eines von den drei Kriterien genügen. Für die Entscheidung komplizierter Fälle sind jedoch diese drei volkswirtschaftlichen Kriterien im Kartellrecht wie folgt weiter-entwickelt und ergänzt worden:

a) Die Wettbewerbsbezogenheit der Marktbegriffs in § 1.

Mit Günther³⁾ ist als ein allgemeines Marktabgrenzungskriterium die "Wettbewerbsbezogenheit" des Marktbegriffs in § 1 hervorzuheben. Demgegenüber ist z. B. der Marktbegriff in § 22 "produktbezogen". Diese Unterscheidung ergibt sich aus der verschiedenen rechtspolitischen Zwecksetzung dieser beiden Vorschriften. § 1 hat den Zweck, den Wettbewerb zu erhalten und zu fördern. § 22 soll den Mißbrauch von Marktmacht verhüten⁴⁾. So gesehen, ist die

1) So auch Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 74.

2) Günther, Relevanter Markt, S. 7, faßt das 2. und 3. Abgrenzungsmerkmal unter dem Oberbegriff der Substitutionsbeziehungen zusammen.

3) Zu den folgenden Ausführungen siehe Günther, Relevanter Markt, S. 18.

4) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 75.

Formel "ohne Wettbewerber" in § 22 nur ein Abgrenzungsmerkmal für die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, nicht aber ein wesentliches Element des Marktbegriffs¹⁾. Für § 1 ist die Wettbewerbsbezogenheit einerseits ein Strukturelement des Marktbegriffs. Sie kann andererseits aber auch zur Abgrenzung eines Marktes verwendet werden, z. B. wenn in bestimmten Fällen zu untersuchen ist, ob eine Wettbewerbsbeschränkung von § 1 erfaßt wird, die genaue Grenze des Marktes von der Ware oder gewerblichen Leistung her aber nicht bestimmt werden kann, weil die Wettbewerbsbeschränkung sich auf die gesamte effektive Geschäftstätigkeit zweier Unternehmen erstreckt²⁾.

b) Die Enge oder Weite der Substitutionsbeziehung.

Unter Substitutionsfähigkeit versteht man die Eigenschaft verschiedener Güter, in gleicher Weise den Bedarf eines Verbrauchers zu befriedigen. Sie ist das im Kartellrecht am häufigsten verwendete Kriterium zur Feststellung der gegenständlichen Marktgrenzen. Die Untersuchung der Frage, ob zwei oder mehrere Güter, die regelmäßig von verschiedenen Unternehmen hergestellt oder vertrieben werden, wirtschaftlich den gleichen Bedarf decken, ist eine Voraussetzung für die Prüfung der weiteren Frage im Rahmen der materiellen Wettbewerbsbeschränkung, ob einem Kunden noch Wahlmöglichkeiten offenstehen.

Butter und Margarine sind als Brotaufstrich im Regelfall substituionsfähige Güter. Indessen gibt es auch besonders gelagerte Fälle, in denen beide nicht wirtschaftlich gegeneinander austauschbar sind. Man denke z. B. an Backmargarine und Schleswig-Holsteinische Butter. Der Vorzug

1) Vgl. Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 35.

2) Vgl. Günther, Relevanter Markt, S. 18.

dieser Buttersorte besteht darin, daß sie besonders gesund sein soll. Die Frage der Substitutionsbeziehung zweier Güter ist daher immer von der subjektiven Bedarfsdeckung der Kunden her zu sehen¹⁾. Das zeigt auch das folgende Beispiel:

Während in der Zeit vor der Währungsreform in der Regel alle Sachwerte substituierbar waren, ist es heute selbstverständlich, daß Möbel, Kraftfahrzeuge und Grundstücke völlig getrennte Märkte haben²⁾.

Von der Substitutionsbeziehung her gesehen, bilden zwei oder mehrere wirtschaftlich austauschbare Güter gemeinsam einen Markt. Im Gegensatz dazu steht der Begriff des sogenannten Elementarmarktes. Nach diesem Begriff wird der Markt immer nur aus einem Gut gebildet, so daß sich der Markt einer Volkswirtschaft aus einer sehr großen Zahl kleinster Einzelmärkte zusammensetzt (z. B. je ein Markt für jede einzelne Autotype). Der Begriff des Elementarmarktes ist jedoch ein volkswirtschaftliches Denkmodell - von der Ausnahme z. B. eines einzelnen Bauprojektes, für das mehrere Bauunternehmer ihre Angebote abgeben, abgesehen³⁾ - und deshalb bei der kartellrechtlichen Beurteilung der Marktgrenzen nicht verwendbar⁴⁾. Im Kartellrecht wird regelmäßig vom unvollkommenen Markt oder der oligopolistischen Marktverfassung auszugehen sein.

1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 74; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 22 Anm. 22.

2) Vgl. Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 45 (S. 187); ferner die zahlreichen Beispiele aus der amerikanischen Rechtssprechung bei Schwenk, WuW 60 S. 5 ff; Günther, Relevanter Markt, S. 8; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 22 - 28; Müller-Gries, § 22 Anm. 5 (S. 156); Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 74.

3) Vgl. den Bericht über die Arbeitstagung der Kartellbehörden des Bundes und der Länder am 5./6. November 1958 in Berlin, WuW 59 S. 683.

4) Günther, Relevanter Markt, S. 16; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, § 22 Anm. 21.

Diese allgemeinen Ausführungen über das Wesen der Substitution reichen bei der Entscheidung schwieriger Fälle jedoch noch nicht aus, um die Enge oder Weite der jeweiligen Substitutionsbeziehungen zwischen den für einen Markt in Frage kommenden wirtschaftlich austauschbaren Gütern exakt festzustellen. Es ist deshalb von Bartholomeyczik¹⁾ die folgende Begriffsbestimmung gegeben worden: "Zu einem Markt können nur solche Waren- und Leistungsgruppen zusammengefaßt werden, die der Bedarfsträger, vor allem der Verbraucher, trotz ihrer Verschiedenheit im einzelnen wegen ihrer im wesentlichen gleichen Eigenschaften und Verwendungszwecke als eine ihm zumutbare, gleichwertige Bedarfsdeckung ansieht, so daß er auf sie, obwohl substituierende Waren vorhanden sind, ausweichen, sich auf die Eindeckung mit ihnen verweisen lassen kann". Es kommt also darauf an, daß zwei Güter nicht nur gleichwertig hinsichtlich ihrer Verwendungsmöglichkeiten sind, sondern sie z. B. auch ungefähr denselben Preis kosten²⁾. Ist im Gegensatz dazu der Preis des einen Gutes sehr niedrig und der des anderen sehr hoch, so sind diese beiden Güter dennoch nicht marktgleichwertig. Bartholomeyczik hat dies Kriterium in die folgende Formel gefaßt: "Marktgleichwertig sind verschiedene Waren oder gewerbliche Leistungen, wenn jede von ihnen bei gleichzeitigem Angebot auf demselben räumlichen Markt das Angebot der anderen in den Geschäftsbedingungen, besonders im Preis, auch nur fühlbar beeinflussen kann, weil die andere Marktseite, vor allem der durchschnittlich an ihnen interessierte Verbraucher, die Waren als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht"³⁾.

1) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 22, Anm. 22; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 47; Rasch, § 22 Anm. 3.

2) Vgl. die Einspruchsentscheidung des BKA vom 22. 12. 1960, DB 61 S. 123.

3) Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 22 Anm. 29.

Als eine besondere Methode zur Ermittlung der Marktgleichwertigkeit ist ferner die sogenannte "Wechselwirkung der Nachfrage"¹⁾ oder die "Kreuzpreiselastizität"²⁾ anzusehen: Sie "gibt das Verhältnis an, in dem die abgesetzte Menge eines Gutes A relativ zurückgeht, wenn der Preis des auf seine Gleichartigkeit zu prüfenden Gutes B relativ gesenkt wird".

Die Frage, ob zwei oder mehrere Güter zueinander im Verhältnis der Substitution stehen, ist auch bei der Entscheidung kartellrechtlicher Fälle ein volks- und betriebswirtschaftliches Problem. Von großer praktischer Bedeutung für die Entscheidung eines Rechtsstreits ist dabei die Frage, ob nur wenige oder sehr viele Güter als marktgleichwertig anzusehen sind. Denn bei einem zahlenmäßig genau festgestellten Absatz eines Unternehmens sind immer die beiden folgenden Möglichkeiten zu beachten: Je enger die Marktgrenzen, umso größer der Marktanteil eines oder mehrerer Unternehmen und damit zugleich die Wahrscheinlichkeit der Bejahung der Frage, ob eine wettbewerbswidrige Beeinflussung der Marktverhältnisse vorliegt. Dagegen gilt umgekehrt der Satz: Je größer der Marktbereich, umso kleiner der Marktanteil und damit möglicherweise kein Verstoß gegen das GWB³⁾.

Diese Überlegungen gelten aber nicht nur für die Substitutionsbeziehungen, sondern auch für die nun zu beschreibenden räumlichen und zeitlichen Marktgrenzen.

c). Die räumlichen Grenzen eines Marktes.

Unter räumlichen Marktgrenzen sind insbesondere politische oder geographische Grenzen zu verstehen, wie z. B. das

1) Schwenk, WuW 60 S. 8 und 9 unten.

2) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 73; Borchardt/Fikentscher, S. 57; Günther, Relevanter Markt, S. 16 Mitte.

3) Vgl. Schwenk, WuW 60 S. 4.

Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, einer großen Stadt oder eines abgelegenen Gebirgsdorfes.

In der Regel haben Tonziegel einen Markt, der sich kreisförmig um die Ziegelei herum ausdehnt¹⁾. Die räumlichen Grenzen liegen dort, wo die wegen der Schwere der Ziegel hohen Transportkosten so groß sind wie die Verkaufspreise der Ziegel einer benachbarten Ziegelei. Bei Nachfrageüberhang sind diese Grenzen natürlich veränderlich²⁾, und bei einem besonderen subjektiven Bedarf können die räumlichen Grenzen ihre Bedeutung ganz verlieren. Das ist z. B. bei gewissen hochwertigen holländischen Tonziegeln der Fall, die bei manchen repräsentativen Bauten in Norddeutschland verwendet werden. Hier wird deutlich, daß die räumlichen und die durch die Substitutionsfähigkeit gegebenen Grenzen eines Marktes nicht immer scharf voneinander getrennt werden können³⁾. Bei Großstädten ist es für manche Waren fraglich, ob sich die räumlichen Marktgrenzen mit denen des gesamten Stadtgebiets decken oder ob für die einzelnen Stadtteile jeweils besondere Märkte anzunehmen sind. Diese Frage kann dadurch noch kompliziert werden, daß einige Empfehlungsempfänger im gesamten Stadtgebiet mehrere Lager unterhalten, während ein anderer Teil der Empfehlungsempfänger eine bestimmte Ware nur von einem Geschäftsbetrieb aus vertreibt. Das OLG Nürnberg⁴⁾ hat in dem sogenannten "Brötchen-Fall" festgestellt, daß der Markt für Brötchen sich nur auf einen Stadtteil erstreckt, nicht aber auf das gesamte Stadtgebiet⁵⁾. Für eine Groß-

1) Vgl. Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.) § 22 Anm. 30; Borchardt/Fikentscher, S. 59.

2) Vgl. Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, §. 1 Anm. 45 (S. 186 unten).

3) Vgl. Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.) § 22 Anm. 24; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 73 oben.

4) OLG Nürnberg, BB 56 S. 60.

5) Weitere Beispiele bei Deringer, BB 60 S. 343.

bäckerei dürfte jedoch heute eine ganze Stadt den jeweiligen Markt bilden.

Ferner können räumliche Marktgrenzen durch Unternehmen selbst gesetzt werden, z. B. wenn sie Gebietsaufteilungen vornehmen. Schließlich können räumliche Marktgrenzen auch unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeitsregelung des § 44 Abs. 1 Ziff. 1 Buchst. d von Bedeutung sein, in der bestimmt ist, daß das BKA zuständig ist, wenn die Wirkung des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens über das Gebiet eines Landes der Bundesrepublik hinausreicht¹⁾.

d) Die zeitlichen Marktgrenzen.

Eine zeitliche Marktgrenze ist dann anzunehmen, wenn eine Ware in einem bestimmten Zeitraum bzw. zu einem bestimmten Zeitpunkt besonders stark angeboten oder nachgefragt wird und dementsprechend zu anderen Zeiten nur unter erheblichen Zugeständnissen einer Marktseite gehandelt werden kann²⁾. Das gilt insbesondere für modische oder saisonbedingte Artikel. Aber auch hier ist die Unterscheidung zwischen zeitlichen und gegenständlichen sowie räumlichen Marktgrenzen nicht immer einfach³⁾.

1) Günther, Relevanter Markt, S. 20.

2) Günther, Relevanter Markt, S. 19 unten; Borchardt/Fikentscher, S. 60.

3) Vgl. Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 22 Anm. 31.

6. Abschnitt: Der Vorsatz.

Bei der Bestimmung der objektiven Tatbestandsmerkmale sind bereits mehrfach die subjektiven Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 Satz 2 erörtert worden, weil es nötig war, einzelne objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale gegeneinander abzugrenzen. Es ist dabei zwischen subjektiven Elementen in der Person des Empfehlenden und der Empfehlungsempfänger unterschieden worden. Im wesentlichen neu zu untersuchen bleibt hier daher nur noch der Vorsatz¹⁾ des Empfehlenden.

I. Die Form des Verschuldens des Empfehlenden.

Über die Form des schuldhaften Verhaltens des Empfehlenden enthält § 38 Abs. 2 Satz 2 selbst keine Regelung. Es ist daher fraglich, ob der Empfehlende fahrlässig, vorsätzlich, in Umgehungsabsicht oder mit Vorteilstreben gehandelt haben muß.

Eine ordnungswidrige Empfehlung liegt nur dann vor, wenn der Empfehlende vorsätzlich gehandelt hat. Eine fahrlässige Verwirklichung des Umgehungstatbestandes genügt nicht. Das ergibt sich einmal aus einem Vergleich mit der verwandten Vorschrift des § 38 Abs. 2 Satz 1, zum anderen aus der Grundsatzregelung des § 11 OWiG in Verbindung mit § 38 Abs. 3 Ziff. 1 und 2, und drittens setzt eine Empfehlung schon begrifflich ein vorsätzliches Handeln des Empfehlenden voraus, jedenfalls ist eine "fahrlässige Empfehlung" begrifflich nicht denkbar²⁾.

Eine über den Vorsatz hinausgehende Absicht des Empfehlenden - im Sinne eines Beweggrundes - ist nicht erforderlich³⁾. Andererseits genügt aber - wie auch nach

1) Die Untersuchung des Vorsatzes im subjektiven Tatbestand entspricht dem Aufbau der finalen Handlungslehre.

2) Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 29; Huber, S. 69/70; Giefers, S. 83; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 73; a.A. Hoth, WRP 59 S. 105.

3) Vgl. Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 73 und 74; Giefers, S. 73 Mitte; Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 30.

allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen - ein Eventualvorsatz¹⁾. Dieser wird vielfach dann gegeben sein, wenn der Empfehlende den Empfehlungsempfängern nur einen Preis übermittelt (versteckte Empfehlung) hat, der auf den ersten Blick auch einem anderen Zweck dienen kann.

Der Empfehlende wird zwar in der Regel immer nur dann eine Empfehlung erteilen, wenn er durch deren Befolgung für sich oder für die Empfehlungsempfänger einen wirtschaftlichen Vorteil erreichen will. Aus dem Wortlaut des Umgehungstatbestandes ergibt sich jedoch kein Anhaltspunkt für die Meinung, daß Empfehlungen nur dann ordnungswidrig sind, wenn der Empfehlende tatsächlich einen Vorteil angestrebt hat²⁾. Das steht auch in Einklang mit der oben zum Tatbestandsmerkmal "Wer" vertretenen Ansicht, nach der Empfehlender nicht nur ein Unternehmer oder eine Unternehmervereinigung, sondern jeder sein kann.

II. Inhalt und Umfang des Vorsatzes.

Die unglückliche gesetzliche Fassung des Umgehungstatbestandes "Wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung ... durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben, ..." hat zu verschiedenen Meinungen über Inhalt und Umfang des Vorsatzes geführt. Streit besteht darüber, ob der Vorsatz sich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestands erstrecken muß³⁾ oder nur auf das Aussprechen der Empfehlung und deren Mitteilung an die Empfehlungsempfänger,

1) Huber, S. 73 oben; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 64; Rotberg, § 11 Anm. 2; Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 30.

2) So Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 30; a.A. Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 73; vgl. Giefers, S. 28.

3) Huber, S. 70; Deringer, BB 60 S. 343 (1. Sp.); Giefers, S. 83; Lieberknecht, MA 58 S. 250; BGH, WuW 60 S. 349; Leo, AG 60 S. 98 (r. Sp.); Benisch, WuW 60 S. 357, DB 57 S. 791; Krahe, WuW 60 S. 480 und 482; Müller-Gries, § 38 Anm. 32; Seydel, WRP 57 S. 255; Langen, § 38 Anm. B VII 1 (S. 297 und 298); Strickrodt, DB 58 S. 18; Gleiss, BB 58 S. 431; Mayer-Vegelin, DB 58 S. 189, § 38 (S. 66); Hoth, WRP 59 S. 105.

während er nicht mehr das gleichförmige Verhalten und den Umgehungserfolg zu umfassen braucht¹⁾. Diese beiden Meinungen, die von einigen Autoren noch etwas modifiziert worden sind²⁾, werden nachfolgend als Theorie des Umgehungsvorsatzes und als Theorie des Empfehlungsvorsatzes bezeichnet.

Zwischen beiden Theorien bestehen sehr erhebliche systematische und praktische Unterschiede. Nach der Empfehlungsvorsatztheorie ist der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 2 Satz 2 sehr viel weiter als nach der Theorie des Umgehungsvorsatzes, weil alle die Fälle durch den Umgehungsstatbestand erfaßt werden, in denen zwar Empfehlungen ausgesprochen worden sind, der Empfehlende aber nicht daran gedacht hat, daß seine Empfehlung zu einem Kartelleffekt führen würde. § 38 Abs. 2 Satz 2 ist dann praktisch ein Gefährdungsdelikt³⁾, das die Freiheit des Unternehmers und die Tätigkeit der Verbände beschränken und lähmen muß. Eine derartige Gefahr besteht nach der Theorie des Umgehungsvorsatzes nicht; obwohl auch mit dieser Theorie alle die Fälle zu erfassen sind, in denen Empfehlungen vorsätzlich erteilt werden, um dadurch als Ersatz für ein Kartell ein gleichförmiges Verhalten und einen Umgehungserfolg zu erreichen.

-
- 1) LG Düsseldorf, WuW 60 S. 650 (Filmtransportfall). So wohl auch Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 64 oben, vgl. dazu aber auch die folgende Anmerkung.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 38 Anm. 30: Der Vorsatz muß sich auf das gleichförmige Verhalten erstrecken, nicht auch auf die Umgehung; Mayer-Wegelin im Gemeinschaftskommentar (2. Aufl.), § 38 Anm. 29; Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 74 und 75: Kein Bewußtsein gleichförmigen Verhaltens für Empfehlenden oder Empfehlungsempfänger, aber Bewußtsein und Billigung des objektiven Tatbestands in der Person des Empfehlenden und Vorteilstreben - nicht aber Bewußtsein, daß eine Umgehung bewirkt wird.
 - 3) Das scheint sich auch aus den Ausführungen von Hellwig in der 222. Plenarsitzung des BT zu ergeben, Müller-Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommentar, Anhang F, S. 1219: "Derjenige, der eine Empfehlung ausspricht, ... muß zunächst sehr genau prüfen, ob er nicht später, wenn sich im Gefolge dieser Empfehlung eine Ordnungswidrigkeit ergeben sollte, plötzlich noch belangt ... werden kann." Hellwig hat dabei aber wohl nicht die generelle Regelung des § 11 OWiG bedacht.

Die systematischen Unterschiede im Vergleich zum Aufbau der besonderen Tatbestände des StGB sind folgende: Nach der Umgehungsvorsatztheorie ist § 38 Abs. 2 Satz 2 ein Tatbestand im Sinne des StGB, bei dem sich der Vorsatz des Täters auf sämtliche Merkmale des gesetzlichen Tatbestands erstreckt¹⁾.

Nach der Theorie des Empfehlungsvorsatzes könnte das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger eine objektive Bedingung der Strafbarkeit²⁾ sein, die vom Vorsatz nicht erfaßt werden braucht; zum anderen könnte § 38 Abs. 2 Satz 2 auch als ein erfolgsqualifiziertes Delikt angesehen werden, bei dem der Erfolg (das gleichförmige Verhalten und der Umgehungserfolg) vom Täter fahrlässig verursacht sein muß, § 56 StGB.

Zu der Theorie des Empfehlungsvorsatzes kommt man notwendigerweise, wenn man allein vom Wortlaut des § 38 Abs. 2 Satz 2 ausgeht³⁾; denn der Gesetzestext "Wer Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung durch gleichförmiges Verhalten bewirkt haben" kann so verstanden werden, daß die Empfehlung zwar vorsätzlich erteilt werden muß, das gleichförmige Verhalten und der Umgehungserfolg jedoch nur verursacht zu sein brauchen.

Neben der oben schon erwähnten Gefahr einer Lähmung des freien Unternehmertums und der Verbandstätigkeit sind für die Richtigkeit der Umgehungsvorsatztheorie die folgenden Gründe anzuführen: Nur sie entspricht dem im Strafrecht herrschenden Verschuldensprinzip. Ferner wird bei der wortgetreuen Auslegung nicht scharf genug zwischen dem objektiven und dem subjektiven Tatbestand unterschieden. Wie im Unterabschnitt über den Umgehungserfolg ausführlich dargelegt, muß das empfehlungsbeeinflusste gleichförmige Verhalten zu einem tatsächlichen Eintritt der Marktbe-

1) Vgl. Welzel, S. 59 - 63.

2) Vgl. Giefers, S. 83.

3) LG Düsseldorf, WuW 60 S. 650.

einflussung führen. Die Verwendung der Worte "bewirkt haben" im Umgehungstatbestand hat daher nur Bedeutung für den objektiven Tatbestand¹⁾, und zwar ergibt sich aus ihnen, daß alle die Fälle nicht ordnungswidrig sind, in denen die Empfehlung nicht zu einer tatsächlichen Marktbeeinflussung, einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung geführt hat. Da also der gesetzliche Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 nur objektive Tatbestandsmerkmale enthält und der Vorsatz nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen ein Merkmal des subjektiven Tatbestands (bzw. der Schuld) ist, kann allein aus der objektiven Fassung des Umgehungstatbestands nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, der Vorsatz des Empfehlenden brauche das gleichförmige Verhalten und den Umgehungserfolg nicht zu umfassen. Vielmehr muß, weil es an einer Regelung für den subjektiven Tatbestand fehlt, hier der allgemeine Grundsatz Anwendung finden, daß der Vorsatz des Täters sich auf alle Tatbestandsmerkmale des objektiven Tatbestands erstrecken muß.

Für die Theorie des Umgehungsvorsatzes spricht weiter die besondere Natur des in §38 Abs. 2 Satz 2 normierten Delikts. Es handelt sich nicht um kriminelles, sondern um sogenanntes Verwaltungsunrecht. Das GWB allgemein und damit auch § 38 Abs. 2 Satz 2 dienen letztlich der Durchsetzung wirtschaftspolitischer Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers. Wenn im StGB schon die Tatbestände mit objektiver Bedingung der Strafbarkeit und die erfolgsqualifizierten Delikte die Ausnahme bilden, so ist kein Grund dafür ersichtlich, daß bei der kartellrechtlichen Ordnungswidrigkeit des § 38 Abs. 2 Satz 2 die sachlichen und rechtspolitischen Voraussetzungen eines dieser Ausnahmetatbestände mit verschärften Strafandrohungen vor-

1) Vgl. aber auch Hoth, WRP 59 S. 105, der unter "bewirken" ein Verhalten versteht, durch das vorsätzlich etwas verursacht wird.

liegen.

Schließlich ist § 11 OWiG so zu verstehen, daß das Erfordernis des Vorsatzes für den Gesamttatbestand gilt¹⁾ und nicht nur für die Frage, ob neben vorsätzlichen auch fahrlässige Begehungsweisen den Tatbestand des § 38 Abs. 2 Satz 2 erfüllen.

Eine Ordnungswidrigkeit ist also nur gegeben, wenn der Vorsatz des Empfehlenden sich auf sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestands gerichtet hat. Voraussetzung dafür ist jedoch nicht eine genaue rechtliche Kenntnis der einzelnen Tatbestandsmerkmale, sondern es genügt die Kenntnis der Tatsachen, die unter die einzelnen Begriffe subsumiert werden²⁾ ("Parallelwertung in der Laiensphäre"). Nicht erforderlich ist, daß der Empfehlende über das Empfehlen des Preises hinaus von dem Empfehlungsempfänger ein gleichförmiges Verhalten und einen Umgehungserfolg verlangt³⁾. Der Empfehlende muß aber wissen und wollen, daß die Befolgung der Empfehlung zu einem gleichförmigen Verhalten und einem Umgehungserfolg führt; er muß also mit Hilfe der Preisempfehlung eine kartellmäßige Wirkung ohne Abschluß eines Kartells anstreben. Will der Erklärende die Erklärungsempfänger nur informieren oder ihnen gegenüber eine Meinung äußern, so fehlt es an dem für die Empfehlung wesentlichen Beeinflussungswillen⁴⁾. Der Vorsatz muß nach strafrechtlichen Grundsätzen dem Empfehlenden mit Hilfe der gesamten Tatumstände nachgewiesen werden⁵⁾.

1) Nach Rotberg, § 11 Anm. 2, bezieht sich der Vorsatz des Täters bei der Begehung einer Ordnungswidrigkeit auf sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestands.

2) Giefers, S. 83.

3) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 64 oben: "Es genügt die Empfehlung anderer Verhaltensweisen, z. B. der Preisgestaltung".

4) Vgl. Müller-Gries, § 38 Anm. 32.

5) Vgl. Langen, § 38 Anm. B VII 4 mit weiteren Nachweisen.

7. Abschnitt: Rechtswidrigkeit und Schuld.

Die §§ 38 bis 43 enthalten lediglich einige materiell-rechtliche Sonderregelungen für den Bereich kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten. Rechtfertigungs- und Schuld-ausschließungsgründe sind in ihnen nicht erwähnt. Wenn auch in den §§ 38 ff nicht generell auf das OWiG verwiesen wird, so ist der Gesetzgeber doch offenbar von der Voraussetzung ausgegangen, daß neben diesen Spezialvorschriften die allgemeinen Vorschriften des OWiG und damit zugleich die des Wirtschaftsstrafgesetzes und des StGB anzuwenden sind. Das gilt insbesondere für die strengen Anforderungen an Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld¹⁾.

Für die Fragen der Rechtswidrigkeit und Schuld kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten ist von besonderer Bedeutung § 11 Abs. 2 OWiG, der auf eine entsprechende Anwendung der folgenden Vorschriften des StGB verweist: § 51 (Unzurechnungsfähigkeit), § 52 (Nötigungsnotstand), § 53 (Notwehr)²⁾, § 54 (Notstand), § 58 (jetzt § 55, Taubstummer) und § 59 (Tatbestandsirrtum). Ferner ist § 12 OWiG hervorzuheben, in dem der Verbotsirrtum besonders normiert worden ist.

Als Rechtfertigungsgründe, die die Ordnungswidrigkeit einer horizontalen Preisempfehlung ausschließen, kommen ferner in Frage der übergesetzliche rechtfertigende Notstand und die soziale Adäquanz, die beide für die Praxis von erheblich größerer Bedeutung sein dürften als die eben erwähnten allgemeinen Rechtfertigungs- und Schuld-ausschließungsgründe des StGB.

-
- 1) Siehe die obigen Ausführungen zu den Auslegungsfragen, S. 13 mit zahlreichen Nachweisen; ferner insbesondere Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 37.
 - 2) Siehe Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 45 mit weiteren Nachweisen.

I. Das Güterabwägungsprinzip.

Ein übergesetzlicher rechtfertigender Notstand ist nach herrschender Meinung dann gegeben, wenn die Verletzung eines weniger wertvollen Rechtsgutes das einzige Mittel ist, um das unmittelbar bedrohte Rechtsgut zu schützen¹⁾. In der Verweisung des § 11 Abs. 2 OWiG ist dieser von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitete Rechtfertigungsgrund nicht enthalten. Doch bestehen keine systematischen Bedenken, ihn in gleicher Weise wie im allgemeinen Strafrecht in Fällen kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten anzuwenden²⁾. Es ist nicht ausgeschlossen, daß dieser Rechtfertigungsgrund im Bereich kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten in Zukunft eine gewisse Bedeutung erlangen wird. Gerade die sehr differenzierten Formen wirtschaftlichen Handelns im Rahmen der freien sozialen Marktwirtschaft können dazu angetan sein, eine bestimmte Preisempfehlung mit Hilfe des Güterabwägungsprinzips zu rechtfertigen.

Das Güterabwägungsprinzip dient im übrigen nicht nur als Rechtfertigungsgrund bei der Frage, ob eine kartellrechtliche Ordnungswidrigkeit vorliegt, sondern es wird darüber hinaus dazu verwendet, den Anwendungsbereich des § 1 gegenüber anderen Teilordnungen der gesamten Gemeinschaftsordnung abzugrenzen³⁾.

1) Welzel, S. 73; Jagusch im Leipziger Kommentar, § 54 Anm. 9 (S. 424). Nach Welzel, S. 80, ist die Güterabwägung nur ein Unterfall des allgemeinen Rechtfertigungsprinzips vom angemessenen (richtigen) Mittel zum berechtigten Zweck.

2) Vgl. Rotberg, § 11 Anm. 3; Spengler, Über Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 38 und 45 ff. mit weiteren Nachweisen; v. Renthe-Fink, WuW 60 S. 256.

3) Siehe den Brief des BKA v. 20.2.1960 betreffend die Doppelsteckerempfehlung des VDE, WuW 60 S. 363 ff. (367/368 u. 370), in dem das BKA das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung gegenüber dem Sicherheitsbedürfnis des Einzelnen abgegrenzt hat, vgl. dazu auch v. Renthe-Fink, WuW 60 S. 254 ff. Siehe ferner den Brief des BKA v. 5.6.1961, betreffend die Empfehlung des Verbandes der Sachversicherer und des BDI über die Nachfüllung und Instandsetzung von Handfeuerlöschern, WuW 61 S. 582, in dem eine Güterabwägung zwischen Wett-

II. Soziale Adäquanz.

Der Rechtfertigungsgrund des sozialadäquaten Verhaltens ist in der Lehre des Straf- und Zivilrechts entwickelt worden. Er findet seinen gesetzlichen Ausdruck in § 240 Abs. 2 und § 253 Abs. 2 StGB. Der BGH hat ihn aber erst in dem Sonderfall des verkehrsrichtigen Verhaltens eines Unfallbeteiligten angewendet¹⁾. Nach Welzel sind sozialadäquate Handlungen solche, die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr offensichtlich gestattet werden²⁾. Hierunter fallen z. B.³⁾ die Empfehlungen des BWM an einen bestimmten Industriezweig, die Preise nicht zu erhöhen. Wenn es in derartigen Fällen auch fraglich ist, ob ein Umgehungsvorsatz im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 vorliegt, so sind Preisempfehlungen unter solchen Voraussetzungen doch als sozialadäquat anzusehen, weil es sich um wirtschafts- und konjunkturpolitische Lenkungsmaßnahmen einer obersten Bundesbehörde handelt.

III. Gesetzliche Ausnahmenvorschriften.

Neben den allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen gibt es eine Reihe von gesetzlichen Ausnahmenvorschriften, z. T. in Verbindung mit Verwaltungsrichtlinien⁴⁾.

(Fortsetzung Anm. 3) von S. 135).

bewerbsfreiheit und Sicherheitsbedürfnis vorgenommen worden ist. Vergleiche ferner den Beschluß des BKA vom 30.12.1960 über die Eintragung von Wettbewerbsregeln der Ziehereien und Kaltwalzwerke, WuW 61 S. 141 ff (148).

- 1) BGHZ 24 S. 21. Für die Anwendung im Empfehlungsrecht Vogel, JZ 58 S. 113; Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 42 ff; Bedenken erhebend Steindorff, JZ 60 S. 232.
- 2) Welzel, S. 73.
- 3) Weitere Beispiele bei Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 43 ff; Müller-Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommentar, Anhang F. S. 1219 (222. Plenarsitzung).
- 4) Vgl. v. Renthe-Fink, WuW 60 S. 255; Spengler, Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 39 - 45.

Eine solche im Gesetz ausdrücklich normierte Ausnahme, bei deren Vorliegen das Verbot des § 1 überhaupt nicht anwendbar ist, ist § 38 Abs. 2 Satz 3 (Mittelstandsempfehlung)¹⁾. Das ergibt sich aus der gesetzlichen Anknüpfung an den Umgehungstatbestand "Dies gilt nicht ..." und aus der systematischen Stellung des § 38 Abs. 2 Satz 3 innerhalb der Vorschriften über kartellrechtliche Ordnungswidrigkeiten. Auf die Probleme der Mittelstandsempfehlung²⁾ kann im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht eingegangen werden, da sie sich nur das Ziel gesetzt hat, die Tatbestandsmerkmale des § 38 Abs. 2 Satz 2 zu bestimmen. Als weitere Rechtfertigungsgründe, die als Ausfluß einer besonderen gesetzlichen Bestimmung in Verbindung mit einem anderen Gesetz oder einer Verordnung anzuwenden sind, sind die Bereichsausnahmen der §§ 99 ff. zu nennen. Danach dürfen die Bundesbahn, die Bundespost, eine Reihe sonstiger Verkehrsträger usw. unter Beachtung der in den §§ 99 ff. normierten Voraussetzungen Preisempfehlungen erteilen. In diesen Fällen übt das BKA lediglich eine Mißbrauchskontrolle aus, § 104. Als ein Rechtfertigungsgrund³⁾, der auf einer Kombination gesetzlicher Vorschriften mit Verwaltungsrichtlinien beruht, sind die Verwaltungsgrundsätze des BKA über das Verfahren bei der Anmeldung vertikaler Preisempfehlungen bei Markenwaren vom 20. April 1960⁴⁾ zu

1) Vgl. S. 7 Anm. 2; a.A. Henkel, S. 33/34, nach dem die Mittelstandsempfehlung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 zulässig ist.

2) Siehe z. B. Sölter, WuW 59 S. 687 und 792; ferner zwei noch nicht rechtskräftige Entscheidungen des OLG Stuttgart, FAZ v. 5. 6. 1961.

3) Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 102 oben.

4) WuW 60 S. 435; Kirschstein, WuW 60 S. 494.

erwähnen¹⁾. Während nach diesen Verwaltungsrichtlinien nur vertikale Preisempfehlungen für Markenartikel legalisiert werden können, die nicht in den hier zu untersuchenden Bereich horizontaler Preisempfehlungen gehören, können im Rahmen der §§ 38 Abs. 2 Satz 3 und 99 ff. auch horizontale Preisempfehlungen gerechtfertigt sein.

IV. Ergebnis.

Wendet man die oben erwähnten Rechtfertigungsgründe an, so erübrigt es sich, zwischen Empfehlungen mit und ohne tatsächlicher Bindung zu unterscheiden; denn es können auch Empfehlungen mit tatsächlicher Bindung gerechtfertigt sein.

Im Bereich kartellrechtlicher Ordnungswidrigkeiten ist ein Unrechtsausspruch immer erst dann möglich, wenn festgestellt ist, daß der Empfehlende nicht nur tatbestandsmäßig, sondern auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Wettbewerbsbeschränkende horizontale Preisempfehlungen dürften jedoch nur in wenigen Fällen gerechtfertigt oder entschuldigt sein, genau wie im Strafrecht, wo Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe auch die Ausnahme bilden. Ob Rechtfertigungs- oder Schuldauusschließungsgründe durchgreifen, kann nur im Einzelfall von den Gerichten beurteilt werden.

1) Die Frage, ob das BKA derartige Verwaltungsrichtlinien erlassen durfte, ist noch nicht abschließend geklärt; dafür BGHZ 28 S. 208 ff.; dagegen Fikentscher, Vertikale Preisempfehlung, S. 103; Giefers, S. 107. Siehe auch die Meldung der FAZ vom 27. V., 3. VI. und 8. VII. 1961, wonach die 5. Beschlußabteilung des BKA es einer Süddeutschen Uhrenfabrik untersagt hat, vertikale Preisempfehlung für Markenartikel (ohne Unverbindlichkeitsvermerk und mit tatsächlicher Bindung) zu erteilen; MA 61 S. 545. Ferner ist der Gedanke, analog §§ 2 - 6 die Anmeldung horizontaler Empfehlungen von Konditionen zuzulassen, vom BKA abgelehnt worden, WuW 59 S. 301; Bericht des BKA für das Jahr 1958 S. 57; Reimann, BB 58 S. 178; für die rechtliche Zulässigkeit der Anmeldung von Konditionenempfehlungen: Huber, S. 78/79; Lieberknecht, MA 58 S. 249; Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar, § 1 Anm. 49. Vgl. die Meldung der FAZ v. 10.8.1961, wonach das BKA Empfehlungen der Spitzenverbände der Kredit- und Versicherungswirtschaft, § 102, für zulässig hält.

8. Abschnitt: Die horizontale Preisempfehlung im Recht des EWG- und des MU-Vertrages sowie der USA, Englands und Frankreichs.

In den vorhergehenden sieben Abschnitten ist das Recht der horizontalen Preisempfehlung nach § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB dargestellt worden. Im Hinblick auf die wettbewerbsrechtlichen Verpflichtungen, die die Bundesrepublik Deutschland mit dem Abschluß des MU- und des EWG- Vertrages eingegangen ist, und im Hinblick auf den sich immer stärker ausweitenden Außenhandel ist nunmehr noch ein rechtsvergleichender Überblick über die Fragen zu geben, in welcher Weise die horizontale Preisempfehlung vom Recht des MU- und des EWG-Vertrages erfaßt wird und wie sie nach den nationalen Rechten der USA, Englands und Frankreichs zu beurteilen ist. Der Zweck der nachfolgenden Betrachtungen liegt daher darin, die bisherigen Ausführungen zu § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB durch einen knappen Überblick über einige wichtige rechtsvergleichende Fragen zu ergänzen, z. B. Verbots- oder Mißbrauchsgesetz, spezielles Empfehlungsverbot oder Generalklausel, Größe des Anwendungsbereichs im Verhältnis zu § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB (wobei jedoch nicht sämtliche Begriffsmerkmale der jeweiligen Gesetze umfassend berücksichtigt werden können), Genehmigungsmöglichkeiten, Anzeigepflicht usw. Auf eine Reihe weiterer wesentlicher Punkte ist bereits im jeweiligen systematischen Zusammenhang bei der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB hingewiesen worden, so z. B. auf den Schutz der Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite, den Vertragsbegriff

des § 1 GWB, die Abgrenzung des relevanten Marktes. Es wird nachfolgend deshalb lediglich darauf ankommen, darzustellen, in welcher Weise im Regelfall die horizontale Preisempfehlung von der jeweiligen Rechtsordnung erfaßt wird.

I. EWG.

Das Gesetz zu den Verträgen vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25. Juli 1957¹⁾ enthält in Art. 85 ein Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt. Art. 85 EWGV, soweit er für die horizontale Preisempfehlung von Bedeutung ist, lautet:

"(1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen; ...".

Auf die sehr umstrittene Frage, ob die Artikel 85 ff. EWGV nur Programmsätze oder in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht darstellen, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Es muß hier auf das sehr umfangreiche Schrifttum verwiesen werden²⁾. Im übrigen ist jedoch für die weitere Untersuchung davon auszugehen, daß die Artikel 85 ff. EWGV geltendes Recht sind - zumal das BKA³⁾ und die EVG-Kommission⁴⁾ sich für eine Direktanwendung entschieden haben.

1) BGBl. II S. 753.

2) v. d. Groeben, WuW 61 S. 379 Anm. 7 und 8 mit zahlreichen Nachweisen; Koch, BB 59 S. 242 Anm. 3 mit einer ausführlichen systematischen Übersicht.

3) WRP 59 S. 115.

4) WRP 59 S. 46.

Art. 85 EWGV enthält kein Empfehlungsverbot wie das des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, sondern nur eine Generalklausel, nach der Verträge zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmervereinigungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen - wenn auch die sonstigen Voraussetzungen des Art. 85 EWGV vorliegen - verboten sind. Der EWG-Vertrag kennt zwar den Begriff der Empfehlung, jedoch nicht im spezifisch wettbewerbsrechtlichen Sinne der Artikel 85 ff. EWGV, sondern nur im Sinne von besonderen Befugnissen der Kommission, um das ordnungsgemäße Funktionieren und die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten, soweit der Vertrag das Erteilen von Empfehlungen oder Stellungnahmen ausdrücklich vorsieht, Art. 155 EWGV.

Die Empfehlung ist ein Unterfall der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen¹⁾, den sogenannten "pratiques concertées". Dieser Begriff ist dem Art. 65 § 1 MUV entnommen, kommt auch im französischen Kartellrecht vor, dem Décret 53-704, und entstammt ursprünglich dem amerikanischen Recht ("concerted action")²⁾. Streitig ist, ob die amerikanische Rechtsprechung bei der Begriffsbestimmung der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen herangezogen werden darf³⁾ oder nicht⁴⁾.

Der Begriff der "pratiques concertées" ist in der unverbindlichen deutschen Übersetzung des Art. 65 MUV anfänglich mit den mißverständlichen Worten "verabredete Praktiken" wiedergegeben worden. Er bedeutet aber gerade nicht, daß es sich um verabredete oder förmlich vereinbarte Maßnahmen handeln muß, sondern er hat lediglich

1) Groeben/Boeckh, Art. 85 Anm. 2; Wohlfarth, Art. 85 Anm. 3; Günther, WuW 57 S. 279 oben; Koch, BB 59 S. 243.

2) Wohlfarth, Art. 85 Anm. 3; Benisch, DB 57 S. 789 (1.Sp.). Zur genauen Bedeutung des Begriffes "concerted action" im amerikanischen Recht sowie der widersprüchlichen Rechtssprechung dazu s. Fikentscher, ZHR, Bd. 117 S. 21.

3) Günther, WuW 57 S. 279 oben.

4) Wohlfarth, Art. 85 Anm. 3; vgl. auch Krawielicki, S. 9.

den Sinn von "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen"¹⁾. Denn das wesentliche Element der Verträge und Beschlüsse im Sinne des Art. 85 EWGV ist wie im deutschen Kartellrecht der Wille der Beteiligten zu rechtsgeschäftlicher Bindung²⁾. Im Gegensatz dazu besitzen die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nur eine rechtlich unverbindliche, tatsächliche Natur wie nach deutschem Recht die Empfehlung und das "gentlemen agreement". Dieser Unterschied ergibt sich einmal aus der Aufzählung von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in der Generalklausel selbst und ferner aus dem systematischen Aufbau des Art. 85 EWGV; denn gemäß Abs. 2 sind nur Vereinbarungen und Beschlüsse ausdrücklich für nichtig erklärt worden, während es müßig erschien, die rechtliche Unverbindlichkeit der abgestimmten Verhaltensweisen noch besonders hervorzuheben³⁾.

Ein abgestimmtes Verhalten ist dann gegeben, wenn "durch vorsätzliches Zusammenwirken mehrerer Unternehmer der Wettbewerb beschränkt wird, ohne daß bindende Verpflichtungen zu einem bestimmten Verhalten eingegangen werden"⁴⁾. Daraus ergibt sich, daß ein zufälliges gleichförmiges Verhalten oder eine bloße Anpassung des eigenen Verhaltens an das anderer Unternehmer, ohne daß ein vorsätzliches Zusammenwirken vorliegt, noch nicht durch Art. 85 EWGV verboten ist. Wie im deutschen Kartellrecht erfüllt daher z. B. die Preisführerschaft nicht den Tatbestand des Art. 85 EWGV, wohl aber die horizontale Preisempfehlung.

1) Günther, WuW 57 S. 278 unten.

2) Günther, WuW 57 S. 279 oben; Wohlfarth, Art. 85 Anm. 3; Groeben/Boeckh, Art. 85 Anm. 2.

3) Vgl. Groeben/Boeckh, Art. 85 Anm. 12.

4) So Günther, WuW 57 S. 279 oben. Zustimmend auch Wohlfarth, Art. 85 Anm. 3; Groeben/Boeckh, Art. 85 Anm. 2; Benisch, DB S. 789 Anm. 2. Vgl. auch Krawielicki, S. 17; Jerusalem, S. 150; Baumbach-Hefermehl, Anhang GWB, Art. 85 Anm. 5 - 7.

Der Regelfall des vorsätzlichen Zusammenwirkens zum Zwecke der Beschränkung des Wettbewerbs ist zwar eine ausdrückliche oder schlüssige Willensübereinkunft zwischen mehreren Unternehmen auf einem oligopolistischen oder teilioligopolistischen Markt, doch sind die Voraussetzungen des kollusiven Zusammenwirkens auch dann gegeben, wenn es auf Grund einer einseitigen Empfehlung zu einer Willensübereinstimmung zwischen dem Empfehlenden und jeweils einem¹⁾ Unternehmen (als Empfehlungsempfänger) kommt²⁾.

Da Art. 85 EWGV nur solche abgestimmten Verhaltensweisen verbietet, "welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken"³⁾, ist erstens ersichtlich, daß die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Verhältnis zu § 38 Abs. 2 GWB ein zusätzliches Kriterium ist und daß es zweitens nicht wie nach dem deutschen Umgehungstatbestand auf einen Umgehungserfolg (tatsächlich Marktbeeinflussung) ankommt⁴⁾. Denn es genügt, daß die Maßnahmen objektiv geeignet sind, den Handel zu beeinträchtigen, und daß lediglich eine Beschränkung des Wettbewerbs angestrebt worden ist ("bezwecken"). Der Anwendungsbereich des Art. 85 ist insofern also erheblich weiter als der des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Wegen der Formulierung des Gesetzestext "eine Verhinderung ... des Wettbewerbs... bezwecken oder bewirken" taucht

-
- 1) Koch, BB 59 S. 243 (1. Sp.) stellt rechtssystematisch hier auf eine Anstiftung ab.
 - 2) Vgl. zu den vorstehenden Ausführungen die Nachweise in der vorletzten Anmerkung.
 - 3) Wegen der genauen rechtlichen Bedeutung dieser doppelten Voraussetzung des Art. 85 EWGV s. Groeben/Boeckh, Art. 85 Anm. 3 - 5; Günther, WuW 57 S. 279.
 - 4) Koch, BB 59 S. 242 (1. Sp.); vgl. Wohlfarth, Art. 85 Anm. 5, der eine konkrete Einwirkung auf den Wettbewerb verlangt; Baumbach-Hefermehl, Anhang GWB, Art. 85 Anm. 8.

ferner die Frage auf, ob die Wettbewerbsbeschränkung unter Umständen auch nur objektiv vorzuliegen braucht ("bewirken"), d. h. also, nicht vom Vorsatz der Unternehmer, die ihr Verhalten aufeinander abstimmen, umfaßt sein muß¹⁾. Dagegen spricht jedoch der sachliche Inhalt des Begriffs "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen"; denn dessen Voraussetzungen liegen - wie oben ausgeführt - nur dann vor, wenn die Beteiligten vorsätzlich zusammenwirken. Aus den gleichen Gründen fallen andererseits bloße Meinungsäußerungen in wirtschaftlichen Angelegenheiten (ohne den Willen zur Einflußnahme bzw. zum vorsätzlichen Zusammenwirken) nicht unter das Verbot des Art. 85 EWGV. In diesen Fragen decken sich also die Anwendungsbereiche des Art. 85 EWGV und des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB.

Da § 38 Abs. 2 Satz 2 allein auf gleichförmiges Verhalten abstellt, ist sein Anwendungsbereich kleiner als der der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen. Denn dieser erstreckt sich auch auf ungleichartiges Verhalten der Wettbewerbsteilnehmer, durch das eine Wettbewerbsbeschränkung angestrebt wird, z. B. eine Gebietsaufteilung. Andererseits ist der Anwendungsbereich des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB weiter, weil Empfehler jeder sein kann ("Wer"), Art. 85 EWGV jedoch das Tätigwerden von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen voraussetzt.

Weiter ist darauf hinzuweisen, daß der Bereich möglicher Ausnahmegenehmigungen im Sinne des Art. 85 Abs. 3 EWGV sehr viel größer ist als der des § 38 Abs. 2 Satz 3 GWB (Mittelstandsempfehlung) oder auch sonstiger allgemeiner Rechtfertigungsgründe. Art. 85 Abs. 3 EWGV lautet: "Die Bestimmungen des Abs. 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf ... aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener

1) Vgl. Groeben/Boeckh, Art. 85 Anm. 5.

Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung- oder Verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind, oder b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten". Inhalt und Umfang dieses sehr allgemein gefaßten Genehmigungsvorbehalts, der den Bedürfnissen der Wirtschaftspraxis sehr entgegenkommen dürfte, berühren empfehlungsrechtliche Fragen nicht. Dazu ist auf die einschlägigen Kommentierungen¹⁾ zu verweisen und ferner auf die Vorschrift des Art. 87 Abs. 2 Buchst. b) EWGV, wonach durch Verordnung die Einzelheiten der Anwendung des Art. 85 Abs. 3 EWGV festzulegen sind.

Der Entwurf einer solchen ersten Durchführungs-VO zu den Artikeln 85 und 86 EWGV²⁾ liegt inzwischen vor. Der Entwurf betont noch einmal den Verbotsgrundsatz mit dem Vorbehalt ausdrücklicher Erlaubnisse, Art. 1. Art. 5 des Entwurfs sieht eine generelle Anzeigepflicht nicht nur für Verträge und Beschlüsse, sondern auch für abgestimmtes Verhalten vor. Ausnahmen enthält Art. 5 Abs. 3 für eine Reihe von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die jedoch innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten erneut überprüft werden sollen, Art. 18. Verstöße gegen die allgemeine Meldepflicht können mit einem Bußgeld geahndet werden, Art. 12.

Die Anzeigepflicht aller horizontalen Preisempfehlungen ist ein Erfordernis, das über die Bestimmungen des deutschen Kartellgesetzes noch hinausgeht - zumal Art. 5

1) Groeben/Boeckh, Art. 85 Anm. 13 - 16; Günther, WuW 57 S. 281.

2) Text in WuW 60 S. 856. Siehe dazu auch v. d. Groeben, BB 61 S. 1.

so formuliert ist, daß die Anzeige unabhängig davon erstattet werden muß, ob im Einzelfall die horizontale Preisempfehlung den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 EWGV auch wirklich erfüllt¹⁾. Ausnahmegenehmigungen gemäß Art. 85 Abs. 3 EWGV müssen besonders beantragt werden, Art. 1 Abs. 2 (Art. 6 Abs. 2).

Schließlich besteht ein erheblicher Unterschied insofern, als gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB nur der Empfehlende sich strafbar macht, die Empfehlungsempfänger aber straffrei ausgehen, während wegen des Begriffs der "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" gemäß Art. 85 EWGV das Verhalten des Empfehlenden und der Empfehlungsempfänger²⁾ als verboten und strafbar anzusehen ist. Die Artikel 85 ff. EWGV enthalten zwar bisher noch keine Bußgeldandrohungen, doch ist in Artikel 87 Abs. 2 Buchst. a) EWGV vorgesehen, konkrete Strafandrohungen im Wege einer Verordnung zu schaffen.

Nachdem nunmehr beschrieben worden ist, inwieweit die Tatbestände des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB und des Art. 85 EWGV sich decken, und in welchen Merkmalen sie voneinander abweichen, taucht die weitere Frage auf, in welchem Konkurrenzverhältnis diese Vorschriften zueinander stehen, d. h., ob sie einander ausschließen (Gesetzeskonkurrenz) oder ob sie nebeneinander Bestand haben (Idealkonkurrenz). Diese Problematik ist ausführlich von Koch untersucht worden, der zu dem folgenden zutreffenden Ergebnis kommt³⁾: "2. Die Artikel 85 und 86 stehen zu den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkun-

1) Vgl. die amtliche Begründung zum Entwurf der ersten Durchführungs-VO, WuW 60 S. 863.

2) Ausreichend ist auch, wenn der Empfehlende nur einem Empfehlungsempfänger eine Empfehlung erteilt, da Art. 85 EWGV nicht das Tatbestandsmerkmal des gleichförmigen Verhalten enthält.

3) Koch, BB 59 S. 247 (242-245). Vgl. auch v. Beringe, DB 59 S. 342; ferner den Zweiten Gesamtbericht der EWG-Kommission vom 31. März 1959, S. 84; Spengler im Gemeinschaftskommentar, Anhang zu § 101 Nr. 3 Anm. 23 und 24.

gen im Verhältnis der Idealkonkurrenz; jene schützen den zwischenstaatlichen, diese den innerstaatlichen Wirtschaftsverkehr.

3. Erfüllt ein konkreter Sachverhalt die Tatbestandsvoraussetzungen sowohl der Artikel 85, 86 wie auch der entsprechenden Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, so finden beide Rechtsnormen Anwendung. Dabei kann die Wirksamkeit eines einheitlichen Lebensvorganges nur auf der Billigung durch beide Normenbereiche beruhen, seine Unwirksamkeit kraft der Mißbilligung durch eine Norm herbeigeführt werden."

II. Montanunion.

Die horizontale Preisempfehlung wird vom Wettbewerbsrecht des MU-Vertrages erfaßt¹⁾; denn auf Grund der Generalklausel des Art. 65 § 1 MUV sind verboten²⁾ "alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, alle Beschlüsse von Verbänden von Unternehmen und alle verabredeten Praktiken, die darauf abzielen würden, auf dem gemeinsamen Markt unmittelbar oder mittelbar den normalen Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, insbesondere a) die Preise festzusetzen oder zu bestimmen; ..." ³⁾.

Zu der unrichtigen Übersetzung des Begriffs "pratiques concertées" mit "verabredeten Praktiken" sowie zum Inhalt und Umfang des Begriffs "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" ist auf die obigen Ausführungen zu Artikel 85 EWGV zu verweisen⁴⁾. Jerusalem und Krawielicki meinen⁵⁾, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 65 § 1 MUV

1) Krawielicki, S. 17; Jerusalem, S. 150. Vgl. ferner den Siebenten Gesamtbericht der Hohen Behörde vom 1. 2. 1959 S. 171/172.

2) Text nach Jahn/Junckerstorff, S. 563.

3) Das Verbot des Art. 65 MUV ist am 31. August 1953 in Kraft getreten, vgl. Jerusalem, S. 148 Anm. 3; Gaedke, S. 64 Anm. 1; Jahn/Junckerstorff, S. 566.

4) Siehe S. 142 unten.

5) Jerusalem, S. 151; Krawielicki, S. 21/22.

brauche nur objektiv vorzuliegen, auf einen Vorsatz oder eine Absicht komme es nicht an. Dem widerspricht aber der sachliche Inhalt des Begriffs "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen"; denn er setzt eine Kollusion, ein vorsätzliches Zusammenwirken voraus, wie oben zu Art. 85 EWGV ausgeführt.

Der Anwendungsbereich des Art. 65 § 1 MUV deckt sich im übrigen weitgehend mit dem des Art. 85 Abs. 1 EWGV. Unterschiede bestehen jedoch insofern, als das Kartellverbot des Montanunionsvertrages auf den "normalen" Wettbewerb abstellt und nicht zusätzlich die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten voraussetzt¹⁾.

Art. 65 § 2 MUV enthält schließlich einen sehr weitgefaßten Genehmigungsvorbehalt, ähnlich dem des Art. 85 EWGV, doch gilt er nur für Vereinbarungen, nicht aber für Verbandsbeschlüsse und abgestimmtes Verhalten²⁾. Falls es sich nicht um ein Versehen bei der Formulierung des Art. 65 § 2 MUV handelt, ergibt sich diese Einschränkung ganz eindeutig aus der verschiedenen systematischen Verwendung der Begriffe Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen.

Die Unterschiede zwischen § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB und Art. 65 MUV sind weitgehend dieselben wie im Verhältnis zu Art. 85 EWGV. Der Anwendungsbereich des Art. 65 MUV ist größer, erstens weil nicht nur auf gleichförmiges Verhalten abgestellt ist, sondern auch auf abgestimmtes (ungleichartiges) Verhalten, zweitens weil es nicht auf einen Umgehungserfolg (tatsächliche Marktbeeinflussung), sondern nur auf das Abzielen auf eine Wettbewerbsbeschränkung ankommt, drittens weil auch die Empfehlungsempfänger sich strafbar machen, Art. 65 § 5 MUV, und

1) Siehe dazu die Kommentierung in Wohlfarth, Art. 85 Anm. 4 und 5; Groeben/Boeckh, Art. 85 Anm. 1; vgl. Jahn/Junkerstorff, S. 571/572.

2) Jerusalem, S. 154; a. A. Krawielicki, S. 26.

viertens weil ein Genehmigungsvorbehalt für abgestimmtes Verhalten in Art. 65 § 2 MUV nicht vorgesehen ist, worin ein erheblicher Unterschied zu Art. 85 EWGV zu sehen ist. Demgegenüber ist der Anwendungsbereich des Art. 65 MUV kleiner, weil nicht jeder Täter sein kann, sondern nur Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen. Schließlich ist hervorzuheben, daß die Anwendungsbereiche sich hinsichtlich des Inhalts und Umfangs des Vorsatzes decken und bloße Meinungsäußerungen in wirtschaftlichen Angelegenheiten (ohne den Willen der Beteiligten zum kollusiven Zusammenwirken) nicht vom Verbot des Art. 65 MUV erfaßt werden¹⁾.

III. USA.

Das amerikanische Kartellrecht kennt kein besonderes Empfehlungsverbot. Seine Grundlage ist vielmehr ein sehr weitgefaßtes generelles Verbot, das in Sec. 1. des Sherman Anti-Trust Act vom 2. 7. 1890 normiert ist: "Jede Vereinbarung, jeder Zusammenschluß (combination) in Form eines trusts oder in anderer Form, jedes Zusammenwirken (conspiracy) zur Beschränkung des freien Handels (restraint of trade or commerce) im zwischenstaatlichen Handel wird hierdurch als ungesetzlich erklärt"²⁾. Der zentrale Begriff ist "conspiracy"; er bedeutet hier nicht Verschwörung, sondern Absprache. Von ihm können je nach den Umständen des Einzelfalles auch das "open-price-system" und das "basing-point-system" erfaßt werden³⁾. Ein

1) Zur Frage des Konkurrenzverhältnisses von Art. 65 MUV und § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB vgl. Krawielicki, S. 46 ff; Entscheidung der Hohen Behörde vom 4.2.1959, WuW 60 S. 71; ferner die Ausführungen zum gleichen Problem bei Art. 85 EWGV, S. 146/147.

2) Übersetzung nach Trumpler, S. 62; vgl. den amerikanischen Text bei Curti, S. 108.

3) Vgl. dazu Engelmann, S. 7, 101, 106, 178; Curti, S. 80ff; Fikentscher, ZHR, Bd. 117 S. 20, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 59; Trumpler, S. 73; Schwenk, WuW 53 S. 519; Jahn/Junckerstorff, S. 503 ff; vgl. dazu auch Benisch, WuW 60 S. 512 (r. Sp.); v. Gamm, WRP 60 S. 91.

Grenzfall ist die Preisführerschaft¹⁾. Nachdem von der Rechtsprechung vorübergehend auch "im wesentlichen übereinstimmende Verhaltensweisen" und "systematisches Gleichsetzen der Preise", d. h. also ein bloß angepaßtes²⁾ gleichförmiges Verhalten ohne vorsätzliches Zusammenwirken, für ungesetzlich erklärt worden war³⁾, kehrte die Rechtsprechung später wieder zum Erfordernis des verabredeten Zusammenwirkens zurück, wobei der Nachweis der Kollusion auch mit Hilfe von Indizien geführt werden kann ("implied conspiracy")⁴⁾. Unter "conspiracy" ist daher ein ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis von mehreren Personen über ein Zusammenwirken zu einem gemeinsamen unerlaubten Zweck zu verstehen⁵⁾. Der

-
- 1) Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 59; Schwenk, WuW 53 S. 518 unten; Curti, S. 95 Anm. 2; Jahn/Junckerstorff, S. 505 mit weiteren Nachweisen; v. Gamm, WRP 60 S. 90 (1. Sp.).
 - 2) Vgl. Kronstein, WuW 54 S. 526 (2.).
 - 3) Fikentscher, ZHR, Bd. 117 S. 20 und 21. mit weiteren Nachweisen.
 - 4) Fikentscher, ZHR, Bd. 117 S. 22; Engelmann, S. 177.
 - 5) Jahn/Junckerstorff, S. 503 unten. mit weiteren Nachweisen; Trumpler, S. 71. mit weiteren Zitaten; Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 59; Engelmann, S. 177; Kronstein, WuW 54 S. 527; Kaskell/Schlesinger, S. 32; Neumeyer, S. 8 - 10 (historischer Überblick); Callmann, WuW 54, S. 637. - Der Begriff "concerted action" ist im Sherman-Anti-Trust-Act nicht verwendet; er bedeutet nicht genau dasselbe wie "conspiracy", sondern umschreibt den Sachverhalt der "im wesentlichen übereinstimmenden Verhaltensweisen", vgl. dazu Fikentscher, ZHR, Bd. 117 S. 21 Anm. 76; Engelmann, S. 178.

Begriff der "conspiracy" schließt infolgedessen alle wettbewerbsbeschränkende Sachverhalte ein, die gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 als verbotene horizontale Preisempfehlungen anzusehen sind¹⁾.

Die "rule of reason" findet wohl im Bereich kapitalmäßiger Zusammenschlüsse mehrerer Unternehmen Anwendung, nicht aber bei Preisfestsetzungen, und zwar auch nicht, wenn es sich um die Festsetzung angemessener und vernünftiger Preise handelt, der freie Wettbewerb nicht ausgeschlossen ist und die Beteiligten kein Monopol besitzen; denn man geht davon aus, daß Preisfestsetzungen per se gegen den Sherman Act verstoßen²⁾. Die "rule of reason" ist daher in den mit der horizontalen Preisempfehlung vergleichbaren Fälle der "conspiracy" nicht anwendbar³⁾.

IV. England.

Der "Restrictive Trade Practices Act" vom 2. August 1956⁴⁾ ist ein Mißbrauchsgesetz⁵⁾ mit Verbotsvorbehalt, das von einer allgemeinen Registrierungspflicht wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen ausgeht. Die allgemeine Meldepflicht ist in den Abschnitten⁶⁾ 9 - 16 geregelt. In Abschnitt 6 sind die meldepflichtigen wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen näher umschrieben, die Abschnitte 7 und 8 enthalten Ausnahmen.

-
- 1) Vgl. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 59. Nach WuW 60 S. 512 ist das amerikanische Recht auf dem Gebiet der horizontalen Preisempfehlung milder als das deutsche Empfehlungsverbot; vgl. auch WuW 60 S. 117.
 - 2) Engelmann, S. 94 ff; Trumpler, S. 68/69; von Gamm, WRP 60 S. 90; Schwenk, WuW 53 S. 518.
 - 3) Insbesondere zur vertikalen Preisempfehlung im amerikanischen Recht vgl. WuW 60 S. 511; siehe im übrigen auch WuW 58 S. 301; Benisch, WuW 61 S. 28.
 - 4) Siehe die Übersetzung in WuW 56 S. 818 ff; ferner die Teilübersetzung mit einer kritischen Würdigung der englischen Kartellgesetzgebung bei Jahn/Junckerstorff, S. 207 ff.
 - 5) Benisch, WuW 60 S. 633; Honig, WRP 60 S. 37.
 - 6) Die Bezeichnung der Gesetzesunterteilung folgt hier der Übersetzung von Jahn/Junckerstorff, S. 207 ff.

Die horizontale Preisempfehlung ist gemäß Abschnitt 6 Abs. 1 und 7 registrierungspflichtig. Abschn. 6/1, soweit er im Hinblick auf die horizontale Preisempfehlung hier von besonderem Interesse ist, lautet¹⁾:

"Unbeschadet der Vorschriften der beiden folgenden Abschnitte sind Gegenstand dieses Teils des Gesetzes alle Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Personen, die allein oder mit Dritten im Vereinigten Königreich gewerblich im Bereich der Produktion, Lieferung oder Bearbeitung von Gütern tätig sind, sofern sie Beschränkungen der folgenden Art enthalten. a) Im Hinblick auf den verlangten, verrechneten oder gezahlten Preis für gelieferte, angebotene, erworbene oder bearbeitete Güter; ...".

Abschn. 6/7 hat den folgenden Wortlaut²⁾:

"Wenn ein Kartell seinen Mitgliedern oder bestimmten Gruppen seiner Mitglieder (ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln) Empfehlungen spezifischer Art gibt oder veranlaßt, nach denen bei bestimmten Gruppen von Gütern oder Bearbeitungsverfahren Handlungen im Hinblick auf eine der in Ziffer 1 genannten Gegenstände vorzunehmen oder zu unterlassen sind, dann findet ohne Rücksicht auf entgegenstehende Bestimmungen des Kartellvertrages dieser Teil des Gesetzes Anwendung, als ob sich jedes Mitglied und jede von einem Mitglied vertretene Partei in einer Klausel des Kartellvertrages verpflichtet hätte, jene und weitere durch das Kartell gemachte oder veranlaßte Empfehlung, deren Inhalt die Vornahme einer Handlung in Bezug auf diese Gruppe von Gütern oder dieses Bearbeitungsverfahren im Hinblick auf eine dieser Gegenstände ist, zu befolgen"³⁾.

1) Jahn/Junckerstorff, S. 211.

2) Jahn/Junckerstorff, S. 220.

3) Siehe dazu die Übersetzung in WuW 56 S. 821 (Ziff. 6 Abs. 7), in der jeweils statt "Kartell" der treffendere Begriff "Wirtschaftsverband" verwendet worden ist; das entspricht auch der Legaldefinition der "trade association" in Abschn. 6/8.

Wenn also durch einen Wirtschaftsverband eine Preisempfehlung erteilt worden ist, so wird (ohne Rücksicht auf etwaige entgegenstehende Klauseln der Verbandsatzung) die Empfehlung so behandelt, als wären die Verbandsmitglieder nach der Satzung des Verbandes verpflichtet, die Empfehlung zu befolgen. Das englische Kartellrecht stellt damit die Empfehlung den Kartellen, d. h. Vereinbarungen oder Absprachen, gleich.

Unter einer "Absprache" und unter einer "Beschränkung" (des Wettbewerbs) ist im englischen Kartellrecht nach der Legaldefinition des Abschn. 6/3 folgendes zu verstehen: "Absprache bezieht sich auf jede Übereinkunft oder Regelung, gleichgültig, ob sie im Rechtswege durchsetzbar sein soll oder nicht (abgesehen von den Vorschriften dieses Gesetzes), und die in diesem Teil des Gesetzes enthaltenen Bezugnahmen auf Beschränkungen, die auf Grund einer Absprache übernommen worden sind, sind entsprechend auszulegen; der Begriff Beschränkung bezieht sich auf jede negative Verpflichtung, gleichgültig, ob sie ausdrücklich oder stillschweigend (implied) ist, und gleichgültig, ob sie absolut ist oder nicht"¹⁾.

Die anmeldepflichtige horizontale Preisempfehlung ist solange erlaubt, als sie nicht vom Kartellgericht für ungültig erklärt worden ist, Abschn. 20 (Mißbrauchsprinzip). Klage vor dem Kartellgericht kann in jedem Fall der Beamte erheben, der das Kartellregister führt, Abschn. 20/2. Gemäß Abschn. 21 wird im Verfahren vor dem Kartellgericht so lange vermutet, daß eine Wettbewerbsbeschränkung dem öffentlichen Interesse widerspricht, wie der Betroffene erstens nicht nachgewiesen hat, daß eine der sieben Ausnahmebedingungen gegeben ist, und zweitens das Gericht nicht davon überzeugt ist, daß die Beschränkung unter Zu-

1) WuW 56 S. 821.

grundelegung angemessener Maßstäbe gerechtfertigt ist. In den sieben Ausnahmebedingungen des Abschn. 21 Buchst. a - g ist ausführlich beschrieben, wann eine Verletzung des öffentlichen Interesses nicht vermutet wird. Es ist dort u. a. darauf abgestellt, daß die Wettbewerbsbeschränkung dem Schutz der Öffentlichkeit dient, durch ihre Aufhebung dem Verbraucher wesentliche Vorteile versagt werden würden, die Aufhebung der Wettbewerbsbeschränkung nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt hätte usw.

Von dem Betroffenen wird es allgemein als sehr schwer empfunden, der Beweislast zu genügen, so daß das englische Mißbrauchsgesetz keinesfalls als milde angesehen wird¹⁾.

Nach der Entscheidung des Kartellgerichts im Falle der britischen und nordirischen Bäckereien ist Abschn. 21 auch auf die Empfehlung anwendbar²⁾. In diesem Fall handelt es sich um Höchstpreisempfehlungen eines Verbandes, deren Ablehnung u. a. damit begründet wurde, daß die Mitglieder dieses großen und einflußreichen Verbandes die empfohlenen Preise als angemessen und vernünftig betrachten und nicht unterbieten würden, auch seien die vorgesehenen Gewinnspannen so günstig, daß man von einem Schutz der Verbraucher nicht sprechen könne.

In einem weiteren Fall hat das Kartellgericht die Preisempfehlung für Konsumbrot der schottischen Großbäckereien gleichfalls als gegen das öffentliche Interesse verstoßend angesehen³⁾. Im Falle der englischen Gummireifen-Industrie konnte die Erteilung unzulässiger Preisempfehlungen nicht festgestellt werden, andererseits wurde aber betont, daß gleichförmiges Verhalten infolge einer Preisführerschaft - auch wenn regelmäßig unter den Beteiligten Preisdiskussionen stattfinden - noch zulässig sei⁴⁾.

1) Benisch, WuW 60 S. 633, mit statistischen Nachweisen über den Ausgang der Verfahren; Honig, WRP 60 S. 38.

2) Siehe Benisch, WuW 60 S. 635 oben.

3) Siehe Benisch, WuW 60 S. 634; v. Tirpitz, WuW 61 S. 471.

4) Vgl. dazu ausführlich Roidl, WRP 60 S. 208 ff (211).

V. Frankreich.

Das französische Kartellrecht kennt kein besonderes Empfehlungsverbot. Die VO vom 9. August 1953¹⁾ enthält eine Generalklausel, nach der bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Praktiken grundsätzlich verboten²⁾ sind, jedoch ausnahmsweise erlaubt werden können oder auf Grund gesetzlicher Bestimmungen zulässig sind. Der erste Artikel dieser VO, der als Art. 59 bis in die Preis-VO vom 30. Juni 1945 eingefügt ist³⁾, lautet⁴⁾⁵⁾:

"Mit Ausnahme der Vorschriften des (nachfolgenden) Artikels 59.ter sind verboten: Alle gemeinschaftlich abgesprochenen (concertés) ausdrücklichen oder stillschweigenden Handlungen, Verträge, Übereinkünfte oder Verbindungen, in welcher Form und aus welchem Grunde sie auch bestehen mögen, welche zur Wirkung haben können, das freie Spiel (le plein exercice) des Wettbewerbs zu behindern, indem sie der Herabsetzung der Herstellungs- oder Verkaufspreise im Wege stehen oder eine künstliche Erhöhung der Preise begünstigen. Jegliche Verpflichtung oder Vereinbarung, die sich auf eine derartige verbotene Machenschaft bezieht, ist ipso jure nichtig. Auf diese Nichtigkeit können sich die Vertragsparteien und Dritte

1) Siehe den französischen Text in WuW 53 S. 643.

2) Vgl. Junckerstorff, NJW 54 S. 1066 (l. Sp. oben); Catrice, WuW 58 S. 288/289.

3) Siehe den Anfang des ersten Artikels, WuW 53 S. 643; Wohlfarth, Vorb. vor Art. 85 Anm. 4 b.

4) Übersetzung nach Gravenstein, WuW 53 S. 617.

5) Nachdem die Strafbestimmungen dieser VO zwischenzeitlich durch das oberste Verwaltungsgericht für nichtig erklärt worden waren, während die zivilrechtlichen Vorschriften weiterhin in Kraft blieben, wurden die Strafvorschriften ihrem wesentlichen Inhalt nach durch die VO vom 24. Juni 1958 wieder eingeführt, siehe Plaisant/Lassier, WuW 60 S. 428 und 434 (III); Peters, WuW 59 S. 439/440; Catrice, WuW 58 S. 293.

berufen. Sie kann jedoch Dritten nicht von den Vertragsparteien entgegengehalten werden. Die Nichtigkeit wird gegebenenfalls von den ordentlichen Gerichten festgestellt ...".

Das französische Kartellrecht unterscheidet also auch zwischen rechtsgeschäftlichen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ("ententes") und gemeinschaftlich abgesprochenen Handlungen ("actions concertées"). Nach Auffassung des Staatssekretärs im Wirtschaftsministerium sind jene Anti-Wettbewerb-Praktiken zu verurteilen, die hinauslaufen auf: "Die Bestimmung eines Richtpreises unter Zugrundelegung der höchsten Selbstkostenpreise des Fachgebiets ..."¹⁾. Danach werden horizontale Preisempfehlungen durch das Verbot der "actions concertées" erfaßt. Aus der Anwendung der Begriffe "ausdrücklichen oder stillschweigenden Handlungen ...", in welcher Form und aus welchem Grunde sie auch bestehen mögen ...", ist zu erkennen, daß das französische Kartellrecht sowohl offene als auch versteckte horizontale Preisempfehlungen erfaßt. Aus der Formel "welche zur Wirkung haben können, das freie Spiel des Wettbewerbs zu behindern" (pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence) ist ersichtlich, daß es auf einen Umgehungserfolg im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht ankommt²⁾.

Zum Begriff der "actions concertées" und zum subjektiven Tatbestand hat Gravenstein folgendes ausgeführt³⁾:

-
- 1) Plaisant/Lassier, WuW 60 S. 433; siehe auch WuW 59 S. 443 (B. 2. a).
 - 2) Vgl. dazu die Antwort des Staatssekretärs im französischen Wirtschaftsministerium auf die schriftliche Anfrage eines Abgeordneten, WuW 59 S. 442, wonach "das Bestehen gemeinsamer Verkaufstabellen (Bruttopreis-System) nicht genügt, um eine unzulässige Absprache zu begründen, wenn ein solcher gemeinsamer Tarif nicht tatsächlich zur Anwendung kommt ...".
 - 3) Gravenstein, WuW 53 S. 620; a.A. wohl Catrice, WuW 58 S. 288 unten, der meint, ein Vorsatz im Hinblick auf eine Gesetzesübertretung müsse nicht nachgewiesen werden, da die in der VO vom 30. Juni 1945 aufgeführten Tatbestände ohnehin strafbar seien.

"Bezüglich des subjektiven Tatbestands ist festzustellen, daß er in den Strafbestimmungen der VO vom 9. August 1953 wie meist bei der Festlegung von Wirtschaftsstraftatbeständen nur eine minimale Rolle spielt. Immerhin wird für die Strafbarkeit der Mindestpreisabsprachen vorausgesetzt, daß diese, obwohl unter Umständen stillschweigend, so doch 'gemeinschaftlich verabredet' (concertés) sein müssen. Hierin muß ohne Zweifel ein subjektives Tatbestandselement gesehen werden, denn "concerter" bedeutet: sich zu mehreren in der Absicht der Ausführung eines Vorhabens beraten."

Der Begriff der "actions concertées" entspricht damit in seinem Kern den "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen" des Art. 85 EWGV und des Art. 65 MUV sowie der "conspiracy" des amerikanischen Kartellrechts, wobei jedoch zu beachten ist, daß durch die zusätzlichen Begriffsmerkmale der jeweiligen Verbotsregelung sich im Einzelfall nicht unerhebliche Unterschiede hinsichtlich der Größe des Anwendungsbereichs ergeben können.

In Art. 59 ter der VO vom 9. August 1953 sind eine Reihe von Ausnahmen vom grundsätzlichen Kartellverbot vorgesehen, insbesondere kann eine befristete Erlaubnis erteilt werden, wenn die Teilnehmer an einer Wettbewerbsbeschränkung ("actions concertées, conventions ou ententes") nachweisen können, daß die wettbewerbsbeschränkende Maßnahme der Verbesserung und der Erweiterung der Absatzmöglichkeiten für die Produktion dient oder die Entwicklung des wirtschaftlichen Fortschritts durch Rationalisierung und Spezialisierung fördert¹⁾.

Abgesehen von dem großen Ermessensspielraum, den Art. 59

1) Vgl. Catrice, WuW 58 S. 289; Plaisant/Lassier, WuW 60 S. 433; Junckerstorff, NJW 54 S. 1066; Gravenstein, WuW 53 S. 617 unten.

ter den mit der Verfolgung von Kartellverstößen betrauten Behörden läßt, besteht Einmütigkeit im Schrifttum darüber, daß das französische Kartellverbot besonders großzügig angewendet wird¹⁾. Der sogenannte technische Ausschuß ("commission technique des ententes"), dessen Aufgabe es ist, Gutachten bezüglich der als strafbar bezeichneten Praktiken zu erstatten, bevor der Wirtschaftsminister seine Entscheidung trifft²⁾, bemüht sich, "nicht zu einer systematischen Eindämmung zu tendieren, sondern im Gegenteil eine Übereinstimmung der großen Gruppen mit dem technischen Fortschritt und dem allgemeinen Interesse zu erzielen"³⁾.

1) Siehe z. B. Plaisant/Lassier, WuW 60 S. 435; dieselben in Jahn/Junckerstorff, S. 204; Wohlfarth, Vorb. vor Art. 85 Anm. 4 b; Junckerstorff, NJW 54 S. 1066, WRP 58 S. 268 (l. Sp. unten).

2) Plaisant/Lassier, WuW 60 S. 431.

3) Plaisant/Lassier, WuW 60 S. 434; WuW 59 S. 444 (r. Sp.).

L e b e n s l a u f

Erwin Kesselhut

Am 14. Mai 1932 wurde ich als zweiter Sohn des Landwirts Artur Kesselhut und seiner Ehefrau Marie, geb. Timme, in Wathlingen, Kreis Celle, geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Wathlingen und der Mittelschule in Celle bestand ich 1952 an der neusprachlichen Oberschule in Hermannsburg / Celle die Reifeprüfung. von 1952 bis 1958 studierte ich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an den Universitäten Heidelberg, Paris und Göttingen. Am 7. November 1958 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung ab. Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich im Bereich der Oberlandesgerichtsbezirke Braunschweig und Celle. Während eines Sonderurlaubs studierte ich im SS 1960 und WS 1960/61 in Mainz Rechtswissenschaft, Volks- und Betriebswirtschaft. Am 31. Januar 1964 bestand ich die große juristische Staatsprüfung in Hannover.

Seit März 1964 bin ich in der Industrie tätig.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 26. Juli 1963 statt.

